



Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La Responsabilidad civil por daño ambiental en el
sistema peruano**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Roger Pavletich VIDAL RAMOS

ASESOR

Dra. Jesús María Elena GUERRA CERRÓN

Lima, Perú

2013

Índice

CAPÍTULO I Diseño Metodológico

1. 1. Tema.....	6
1.2. Investigación exploratoria.....	9
1.3. Planteamiento de problema.....	11
1.3.1. Diagnóstico situacional.....	11
1.3.2. Preguntas de investigación.....	15
1.3.3. Objetivos de investigación.....	15
a) Objetivos generales.....	15
b) Objetivos especiales.....	16
1.3.4. Precisión del Problema.....	16
1.3.5. Justificación.....	17
1.3.6. Importancia.....	18
1.4. Marco Teórico y Marco Conceptual.....	20
1.4.1. Derechos ambientales.....	20
1.4.2. Protección del medio ambiente.....	23
1.4.3. Tutela civil frente a los daños ambientales.....	25
1.5. Hipótesis.....	27
1.5.1. Hipótesis principal.....	27
1.5.2. Hipótesis secundaria.....	27
1.6. Tipo de Investigación.....	28
1.7. Diseño de la investigación.....	28

1.8.	Cuadro de variables e indicadores.....	28
1.9.	Técnica de acopio de información	30

Capítulo II

El medio ambiente como derecho fundamental

2.1.	El Derecho a un medio ambiente equilibrado y los derechos fundamentales.....	31
2.2.	El Estado y la Política Ambiental.....	35
2.3.	El Derecho Fundamental a un medio ambiente adecuado y equilibrado en la Constitución Política	38
2.3.1.	Derecho y deber fundamental.....	47
2.3.2.	Derecho a la vida.....	50
2.3.3.	Derecho a la salud.....	51
2.3.4.	Derecho a la propiedad.....	52
2.4.	El Estado y los Recursos Naturales en la Constitución.....	54
2.5.	Medio Ambiente y desarrollo económico.....	57

Capítulo III

Responsabilidad civil y daño ambiental

3.1.	El Abuso del Derecho.....	60
3.1.1.	Ejercicio abusivo del derecho de propiedad.....	64
3.2.	La responsabilidad civil ambiental subjetiva.....	67
3.3.	La responsabilidad civil ambiental objetiva.....	69
3.4.	Los daños intolerables.....	71
3.5.	Elementos de la responsabilidad ambiental.....	74
3.5.1.	La ilicitud o antijuridicidad.....	74
3.5.2.	El daño ambiental.....	77
3.5.3.	Nexo causal.....	79
3.5.4.	Factor de atribución.....	84
3.6.	Los daños ambientales.....	86

3.6.1. Definición del daño ambiental.....	86
3.6.2. Daño a la persona.....	91
3.6.3. Daño al concebido.....	93
3.6.4. Daño moral.....	95
3.6.5. El daño ambiental patrimonial.....	100
3.7. El Daño Ambiental desde el Análisis Económico del Derecho.....	104
3.8. La valoración del daño ambiental	111
3.9. Características del daño ambiental.....	113
3.9.1. Incertidumbre.....	113
3.9.2. Relevancia y alcances del daño ambiental.....	114
3.9.3. Carácter difuso y expansivo.....	115
3.9.4. Daño concentrado y daño diseminado.....	116
3.9.5. Daño directo e indirecto.....	117
3.9.6. Responsabilidad solidaria ambiental.....	119
3.10. La responsabilidad ambiental en la Ley General del Ambiente.....	123
3.11. Régimen dual de la responsabilidad civil ambiental en la Ley General del Ambiente.....	125
3.11.1. La responsabilidad ambiental objetiva.....	126
3.11.2. La responsabilidad ambiental subjetiva.....	128
3.12. Eximentes de responsabilidad ambiental.....	131
3.13. Las indemnizaciones.....	136
3.14. La Carga de la Prueba.....	138
3.15. El Principio contaminador-pagador.....	140
3.16. El principio precautorio.....	141
3.17. El principio de responsabilidad ambiental.....	142
3.18. El principio de prevención en la responsabilidad ambiental.....	143
3.19. El principio de reparación del daño.....	146

3.20. Funciones de la responsabilidad civil ambiental.....	149
--	-----

Capítulo IV

Principios del sistema de responsabilidad civil ambiental en la Ley General del Ambiente

4.1. Derecho y deber fundamental.....	155
4.2. Derecho de acceso a la justicia ambiental.....	159
4.3. El principio de prevención.....	165
4.4. El principio precautorio.....	170
4.4.1. El principio precautorio y su relación con el riesgo.....	173
4.5. El principio de internalización de costos o contaminador pagador.....	176
4.6. La reparación, el restablecimiento y la indemnización.....	179
4.7. Consideraciones sobre la compensación ambiental.....	185

Capítulo V

La justicia ambiental y la tutela procesal de los derechos ambientales

5.1. Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional en materia ambiental.....	189
5.2. El amparo ambiental.....	192
5.2.1. Antecedentes de Acciones de Amparo en defensa de derechos ambientales.....	193
5.3. El Proceso de Cumplimiento en el Caso La Oroya – DoeRun.....	201
5.3.1. La Oroya en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....	204
5.4. Proceso de Inconstitucionalidad - Municipalidad de Miraflores.....	205
5.5. Procesos civiles y problemas en el acceso tutela jurisdiccional ambiental.....	208
5.6. Requisitos procesales de la tutela procesal de los derechos ambientales.....	210
5.6.1. Legitimación.....	210
5.6.2. Prescripción de la acción.....	215
5.6.3. La pretensión por daños ambientales.....	216

	5
5.6.4. Medidas cautelares.....	217
5.6.5. La Tutela ambiental pública.....	220
5.6.6. La tutela ambiental privada.....	225
5.6.7. Los derechos ambientales difusos.....	227
5.6.8. Contaminación en Choropampa y el Primer Pleno Casatorio...	232
5.7. El arbitraje ambiental.....	239
5.7.1. Controversias sometidas a competencia del tribunal arbitral....	246
5.7.2. Límites del laudo arbitral.....	251
5.8. La justicia ambiental en el Perú.....	252
5.9. Precedentes Internacionales de Tutela de los derechos ambientales.....	255
5.9.1. El Caso López Ostra c/ España.....	258
5.9.2. El caso Powell y Rayner vs. Reino Unido.....	263
5.9.3. El caso Guerra y otros vs. Italia.....	267
5.9.4. Caso Chevron Vs. Ecuador.....	269

Capítulo VI

Bases y acciones para una sistematización jurídica del daño ambiental

6.1. La Naturaleza Jurídica del daño ambiental.....	276
6.2. La regulación ambiental por la producción de daño ambiental.....	287
6.3. La adecuada sistematización del daño ambiental.....	290
6.3. Conclusiones.....	296
6.4. Propuestas.....	297

Referencias bibliográficas

Anexos

Presupuesto

CAPÍTULO I

Diseño Metodológico

1. 1. Tema

El tema de investigación científica es el tratamiento de la responsabilidad civil que surge por el daño ambiental causado a partir de la regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

La inquietud para desarrollar este tema se remonta a nuestros últimos cuatro años de estudios en la Facultad de Derecho, motivado por la lectura de diversos artículos y libros relacionados al Derecho Ambiental y los Recursos Naturales.

Luego de realizar nuestras primeras investigaciones y algunos ensayos, es que decidimos presentar nuestra ponencia titulada *¿Existe una protección del medio ambiente en el Código Civil peruano?*,¹ que fuera disertada en el concurso de ponencias estudiantiles del Congreso Internacional de Derecho Civil, la misma que fuera publicada, y con la cual decidimos proseguir con las investigaciones a lo largo de estos años.

Uno de los principales hechos que llamó nuestro interés fue el crecimiento y

¹Vidal Ramos, Roger (2004, pp. 295-309). *¿Existe una protección del medio ambiente en el Código Civil peruano?* En *Revista Jurídica Vos Veritas Libera Bit*. Huánuco: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, n.º1.

bonanza de la actividad minera en el Perú, y junto con ello, los diferentes conflictos sociales que se desencadenaban en torno a la minería, por carecer el Estado peruano de mecanismos de consultas a las poblaciones afectadas, y por las desavenencias en cuanto a los beneficios económicos y al desarrollo social esperado no cumplido.

Nada más cierto es que estas poblaciones (campesinas-nativas) son, pues, las que más sufren del impacto negativo de las actividades extractivas, comunidades donde no existe o casi nunca se siente la presencia del Estado, sea brindando adecuados servicios de educación, salud o mejores oportunidades laborales.

El Perú, hoy en día constituye un referente mundial para la inversión en la explotación de recursos naturales, pero, sin embargo, la inversión y el apoyo que brinda el Estado peruano a las actividades extractivas, no necesariamente representan buenas experiencias en su relación con el medio ambiente y las diversas comunidades locales.

Durante los últimos quince años existen numerosas experiencias negativas de contaminación ambiental, tanto en perjuicio de las poblaciones, como del patrimonio ambiental, sin ánimo de analizar extensamente y sólo a manera de referencia, mencionaremos algunas de estas actividades.

A lo largo de la historia de la instalación de los ductos y de la ejecución del proyecto Camisea, existieron rupturas de muchos ductos² y diversas formas de afectación a las poblaciones locales, hechos que fueron denunciados en diversos medios periodísticos, pero sin llegar a establecer sanciones o acciones legales concretas.

²Fuente: <http://www.camisea.org/EI%20Comercio.pdf>. El quinto derrame del gasoducto de Camisea, que dejó tres personas heridas el sábado, ha generado diversas demandas al Gobierno: Desde la suspensión de las operaciones, hasta una auditoría internacional para determinar las causas del accidente. Mientras tanto, el gobierno peruano inició las investigaciones.

Otra experiencia se presenta en la actividad petrolera de *Plus Petrol*, compañía que durante largos años sostiene problemas de contaminación en perjuicio de diversas poblaciones de la Amazonía, alarmantes noticias como:

Pobladores de veintiocho comunidades nativas del distrito de Parinari y Urarinas, en la provincia de Loreto, están sin agua para poder subsistir debido al derrame de petróleo registrado el sábado último en las aguas del río Marañón, que es la única fuente de agua en la zona”³, la relación entre *Plus Petrol* y las comunidades nativas, desde hace muchos años pende de un hilo por diversos reclamos de contaminación y constantes conflictos.

Sin duda alguna, la actividad minera y su contaminación en estos días se encuentran en el ojo de la tormenta, Yanacocha y la “Contaminación por mercurio en Choropampa”, representa el caso más emblemático de daños ambientales en el Perú, en perjuicio de las poblaciones campesinas del poblado de Choropampa-Cajamarca, llegándose a suscribir diversas transacciones extrajudiciales celebradas entre la Minera Yanacocha y numerosos comuneros de Choropampa, las cuales fueron cuestionadas y finalizaron en un largo proceso judicial que devino en el Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema de la Republica del Perú.

Sin embargo, Yanacocha presentó un nuevo problema en noviembre del 2011, un camión cisterna cargado de cianuro de la Minera Yanacocha cayó a un abismo de, aproximadamente, 150 metros de profundidad en el kilómetro 7 de la carretera Kuntur Wasi en Cajamarca.

³ Fuente: El Comercio 22 de junio del 2010: <http://elcomercio.pe/planeta/498959/noticia-no-tienen-agua-potable-poblacion-afectada-derrame-petroleo-rio-maranon-exige-ayuda>.

Este hecho trae a nuestra memoria que toda actividad extractiva e industrial genera riesgos de contaminación ambiental, sin la necesidad de que exista una intención o dolo de contaminar, y sin ánimos de distraer el tema de nuestra investigación, no podemos dejar de mencionar el grave conflicto social y político que viene transcurriendo con el Proyecto Minero Conga.

Sin duda alguna, las malas experiencias entre la Minera Yanachocha y las diversas comunidades y pobladores a lo largo de la Región Cajamarca representan elementos que generan una férrea oposición a la actividad minera de exploración y explotación, quienes no aceptan la ejecución del proyecto minero Conga, siendo algunas de las razones que justifican las poblaciones las siguientes: la protección del recurso hídrico de las lagunas y del impacto negativo que podría generar la extracción en contra del medio ambiente donde habitan las comunidades campesinas.

1.2. Investigación exploratoria

En nuestra investigación explotaría, se recurrió a diversas fuentes bibliográficas en el Derecho Civil peruano, siendo que destacamos El Tratado de la Responsabilidad Civil Extracontractual del profesor Fernando De Trazegnies, quien desde la teoría de los daños socialmente tolerables, trata de explicarnos la necesidad que tiene la sociedad de utilizar las herramientas de la tecnología (autos, aviones y fábricas) para tener una mejor forma de vida y facilitar las actividades del hombre y, desde luego, proseguir con el crecimiento económico.

Estas necesidades de la sociedad siempre, en algún momento, se contraponen a los derechos ambientales.

El Profesor De Trazegnies, propuso en la Comisión Redactora y Revisora del Código Civil de 1984, incluir los denominados “*daños socialmente intolerables*”, donde, de alguna forma, estaría incluido este nuevo supuesto como daño ambiental. Esta propuesta, después de veintiocho años, deviene notablemente

ausente y necesaria.

El legislador peruano y los estudiosos no efectuaron trabajos e investigaciones sobre el rol que debe desempeñar el sistema de responsabilidad civil frente a los daños ambientales, nuevos daños que no fueron concebidos conforme a principios ambientales de prevención, precaución, o de internalización de costos, siendo éstos, algunos de los temas que serán abordados en la presente investigación.

No se puede dejar de mencionar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano, que en reiterados fallos, expresa la necesidad de realizar un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, la protección de los derechos ambientales fundamentales o la necesidad que las diversas actividades empresariales se encuentren dentro del respeto al ambiente y su amplia normativa.

Sin duda el Caso N° 2003-0002 representa un fallo ejemplar al nivel mundial respecto a la sanción por la alta contaminación realizada por actividades petroleras de la subsidiaria (Chevron) de la Compañía Norteamericana Texaco, en Ecuador, el Juez ecuatoriano Nicolás Zambrano⁴, frente al daño ambiental y cultural condenó a Chevrón al pago de más 8,646,000,000.00 millones de dólares por reparación, a fin de costear la recuperación de las condiciones naturales del suelo (\$ 5,396,160.00); de aguas subterráneas (\$ 600,000,000.00); de especies nativas al menos por 20 años (\$ 200,000,000.00); mitigar -al ser un daño de imposible reparación- los daños de salud en las poblaciones afectadas (\$ 150,000,000.00); crear un sistema de salud (\$ 1,400,000,000.00); la provisión de un plan de salud que incluya un tratamiento para las personas con cáncer (\$ 800,000,000.00); y la reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica para mitigar el irreparable daño cultural ocasionado (\$ 100,000,000.00).

En el derecho comparado estudiamos los aportes del *Civil Law*. Los representantes del Análisis Económico del Derecho, notablemente

⁴ Sentencia Caso2003 -00002 Ecuador Vs. Texaco.

representados por Guido Calabaresi, Richard Posner y Alfredo Bullard, son quienes, desde su visión del derecho, promueven la regulación y privatización de los recursos naturales.

El nuevo rol económico del sistema de responsabilidad civil y el sistema procesal del *class action*, aportan ideas y pautas de cómo los sistemas anglosajones presentan una regulación ambiental, pese a su economía liberal.

En el sistema romano-germánico la doctrina argentina está representada por los profesores, Fernando de Trazegnies, Mosset Iturraspe, Bustamante Alsina, Ricardo Lorenzetti y Aníbal Atilio Alterini, quienes aportaron importantes trabajos sobre estudios del Derecho Ambiental y la importancia de tutelar el daño ambiental.

La doctrina europea citada en nuestro trabajo está representada por el profesor italiano Guido Alpa, Adriano de Cupis, el español Miguel de Perales, Luis Díez-Picazo, quienes expresan en sus trabajos las diversas formas de tutela civil y procesal, con algunos casos resueltos ante los tribunales supremos europeos.

1.3. Planteamiento de problema

1.3.1. Diagnóstico situacional

Desde la primera revolución industrial en Inglaterra, hasta la sistematizada e insaciable producción industrializada, ya han transcurrido más de tres siglos, y es evidente la crisis ambiental a nivel mundial por la cual atraviesan todas las naciones, donde el Perú no es ajeno a esta crisis ambiental. Los mismos que consideramos motivos más que suficientes para que los organismos internacionales, países, y organizaciones no gubernamentales, dirijan sus preocupaciones y diversos programas que persigan implementar medidas de

prevención, protección, restauración real y efectiva del medio ambiente.⁵

La contaminación ambiental es muy diversa.⁶ Algunos casos que podemos mencionar son: contaminación de zonas de playa o aguas marinas creación de nubes radioactivas (caso Chernóbil), lluvias ácidas productos alimenticios adulterados,⁷ la contaminación atmosférica, la contaminación de la capa de ozono, la contaminación acústica, la contaminación por la actividad minera e industrial, la contaminación de los hombres al dispersar los desechos sólidos y líquidos al medio ambiente, sin reparo o responsabilidad alguna.

La legislación peruana, tiene su primer antecedente de tutela ambiental en la Constitución de 1979, la cual decide innovar respecto a la nueva gama de los derechos constitucionales, siendo que se introduce a la Constitución el derecho a un ambiente saludable y equilibrado.

Este mismo principio de “ambiente saludable” es incorporado en la Constitución de 1993 que en su artículo 2, inciso 22, que considera como un derecho fundamental: *“a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”*.

Estos principios ambientales son plasmados en algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional que a través del Amparo Ambiental, empezaron a brindar una primera tutela procesal del derecho al

⁵ Ver: Vidal Ramos, Roger. (2004, pp. 295-309). *¿Existe una protección del medio ambiente en el Código Civil Peruano?* **En:** Revista Jurídica Vos Veritas Libera Bit, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huanuco, N°1.

⁶ Seguimos ubicando nuevos problemas ambientales como la desertificación, el efecto invernadero, el elevamiento del nivel del mar, inundaciones, sequías, tormentas. El hombre está edificando tecnopolis y megapolis; ciudades con un aire irrespirable, contaminando ríos, lagos, ha causado agujeros en la capa de ozono, ha calentado el clima de la tierra por una combustión acelerada y de proporciones extraordinarias en los últimos cien años.

⁷ ALPA, Guido, (p. 384) *Responsabilidad Civil y Daño Lineamientos y Cuestiones*, Gaceta Jurídica editores, Lima - 2001.

goce de un medio ambiente saludable, interpretado como la protección del derecho a la salud, a la vida digna y al principio de desarrollo sostenible.

En este sentido el principio *goce de un medio ambiente saludable y desarrollo sostenible*, es incorporado en forma sistemática a las principales leyes del sistema jurídico peruano como lo son el Código Procesal Civil, el Código Procesal Constitucional, la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo y en el 2005 se promulga la Ley General del Ambiente n.º 28611, legislación que estableció los mecanismos legales de tutela de los derechos ambientales desde los procedimientos judiciales y administrativos. Lamentablemente, para esta ley ambiental, hasta la fecha, no se promulga aún su reglamentación, razón por la cual, no puede exigirse el cumplimiento de sus principios y normativas ambientales.

Según nuestro parecer, no existe un reglamento para esta ley por falta de voluntad política del Ejecutivo y Legislativo, y por intereses de muchos grupos económicos que no desean considerar los costos ambientales por sus actividades empresariales.

En el año 2008, mediante el Decreto Legislativo n.º 1013 se conforma el Ministerio del Ambiente, dependencia que tiene a su cargo la política ambiental nacional y, por sus competencias, debería ejercer las facultades de sanción y fiscalización de toda actividad industrial y extractiva que opere en el país. Esperemos que esta entrega de competencias no demore más tiempo.

El principal motivo de nuestra investigación se manifiesta a partir del establecimiento de una tutela civil que deja de brindar el Código Civil frente a los daños ambientales, desde la óptica de la responsabilidad civil, la cual será cuestionada en algunos puntos de nuestra investigación por ser una institución que no encaja ante los nuevos daños ambientales producidos por el incremento de la actividad económica y la industrialización.

Desde la perspectiva de la protección que deber otorgar el derecho al medio ambiente, no podemos dejar de recordar y replantear la función que cumple el Derecho, respecto de la protección del ambiente y, en especial, el Derecho Civil. Dentro de dicha disciplina ubicamos a la responsabilidad civil, que debe de cumplir un rol fundamental basado en la prevención, es así que un sector de la doctrina está replanteando el sistema de la responsabilidad civil hacia un nuevo Derecho de Daños, colocando énfasis en el resarcimiento de los nuevos daños que están ocasionando el exagerado maquinismo industrial y tecnológico, en el cual ubicamos el daño ambiental que puede ser un daño individual y colectivo y un daño patrimonial y un daño no patrimonial.

Los daños ambientales son externalidades que, en la mayoría de oportunidades, son costos transferidos (por las empresas, el Estado o las personas naturales) a la sociedad o a las víctimas producto de la contaminación ambiental.

La preocupación de los daños ambientales no es reciente.

A entender de CAPITANT,⁸

En primer lugar, al progreso industrial, al empleo de nuevos instrumentos de locomoción: automóviles, aviones, que multiplican los daños causados a terceros; al aumento de los establecimientos industriales cuyas emanaciones o cuyo ruido provocan reclamaciones de los vecinos; luego, al desenvolvimiento correlativo del seguro de responsabilidad, cuyo resultado consiste en embotar la prudencia del asegurado e incitar a las víctimas, porque en una sociedad donde la obtención de la ganancia se convierte cada vez más en el fin esencial de la actividad humana, todo atentado infligido a los intereses materiales o morales de una persona constituye la ocasión de una demanda por daños y perjuicios.

De la investigación exploratoria realizada hemos verificado que existiría un vacío en la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Código Civil peruano y su la aplicación en las vías administrativas y judiciales,

⁸ Fernández Cruz, Gastón. Citado por: Vidal Ramos, Roger (febrero 2006). "La acción de amparo en tutela de los derechos ambientales". En *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*. Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA-Paraguay) n.º 8. En: www.idea.org.py/rda.

el daño ambiental no está legislado y comprendido como nuevo supuesto de responsabilidad civil, existe un desconocimiento de esta institución jurídica por parte de los magistrados, abogados y estudiantes de Derecho.

1.3.2. Preguntas de investigación

- a) ¿Cuál es el rol que debe cumplir el sistema de responsabilidad civil frente a los daños ambientales en el Perú, frente a casos como el derrame de mercurio por Yanachocha en Choropampa; la contaminación que ocurrió por parte de Doe Run en La Oroya o los daños ocasionados por la minería informal en Madre de Dios?
- b) ¿El sistema de responsabilidad civil ambiental debe de estar basado por el principio de prevención ante los reiterados casos de contaminación y vulneración de los derechos ambientales por diversas actividades industriales?
- c) ¿Existe una adecuada regulación del daño ambiental en la Ley General del Ambiente?
- d) ¿El código civil peruano brinda una adecuada tutela frente al daño ambiental?
- e) ¿Cuáles serían los nuevos retos que debe de cumplir un sistema de responsabilidad civil ambiental?

1.3.3. Objetivos de investigación

a) Objetivos generales

- i. Determinar la naturaleza Jurídica del daño ambiental.

- ii. Identificar la regulación y tratamiento del daño ambiental.
- iii. Establecer la regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental.
- iv. Establecer cuáles son las instituciones del Código Civil que permitan establecer alguna forma de tutela civil frente al daño ambiental.

b) Objetivos especiales

- i. Analizar la regulación nacional por daño ambiental.
- ii. Establecer los alcances de los principios, de las instituciones jurídicas del Derecho Ambiental y su relación con la responsabilidad civil.
- iii. Establecer si existen vacíos legales u omisiones normativas respecto al daño ambiental y la respectiva sanción por su producción.
- iv. Identificar las vías y requisitos procesales para interponer acciones ambientales.

1.3.4. Precisión del Problema

Problema Principal 1

¿Qué es el daño ambiental y cuál es la regulación de la responsabilidad jurídica por la producción de daño ambiental en el Perú?

Problema secundario 1

¿Es suficiente la regulación nacional de la responsabilidad jurídica por la producción de daño ambiental para garantizar la protección del medio ambiente?

Problema secundario 2

¿Cuáles son las bases y acciones para una sistematización jurídica

del daño ambiental?

1.3.5. Justificación

En el diagnóstico situacional nos referimos en forma muy genérica sobre las diversas formas de contaminación y producción del daño ambiental en el Perú, debido al incremento de las inversiones sobre la explotación de los recursos naturales.

Las actividades como la minería, explotación de hidrocarburos y otras formas de industria, por su naturaleza, representan industrias que genera contaminación, siendo reguladas administrativamente según los estándares de calidad ambiental y los límites máximos permisibles, pero el problema deviene en que esta regulación administrativa sanciona ilícitos administrativamente, esto representa una justicia ambiental administrativa muy limitada frente a los completos alcances del daño ambiental.

Al no tener un régimen adecuado y especial de responsabilidad civil por daño ambiental, en consecuencia se genera una incertidumbre jurídica para los inversionistas, El Estado y las poblaciones aledañas, la regulación del daño ambiental revestido de principios precisos y concretos, será de utilidad y generara seguridad jurídica para Las Empresas, El Estado y las poblaciones, enfocados a prevenir cualquier daño ambiental antes de asumir el costo y las consecuencias del acto contaminante y de haber efectuado alguna acción contaminante los tribunales de justicia deben de tener criterios adecuados para explicar la naturaleza jurídica del daño ambiental y fijar una adecuada y justa indemnización, una política ambiental de prevención, indemnización y sanción de daños ambientales apoyaría que el estado cumpla con su rol de promotor de las inversiones privadas y de proteger los intereses de la nación, en los lugares donde las poblaciones y las empresas extractivas generen conflictos ambientales.

Existe un vacío en el Código Civil Peruano respecto a la regulación de algún supuesto de responsabilidad civil por daño ambiental, y si bien existe una regulación ambiental en la Ley General del Ambiente, ésta no sería la más adecuada según las características del daño ambiental y los principios ambientales de un sistema de responsabilidad civil ambiental. Es por eso que existe una necesidad de identificar los vacíos legales entre el Código Civil y la Ley General del Ambiente, para establecer una adecuada sistematización del daño ambiental.

Otra incertidumbre que existe, es la referida a la definición y la aplicación en las vías administrativas y judiciales del daño ambiental, el cual no es entendido como supuesto de responsabilidad civil. Existe un desconocimiento de los magistrados, personal jurisdiccional y abogados en cuanto a los alcances e implicancias del daño ambiental y la responsabilidad civil que acarrearán estos daños en los desafíos del nuevo Derecho de Daños.

Ante la existencia del daño ambiental, nuestra investigación se justifica, respecto a que se brinda propuestas de reformar la sistematización del daño ambiental en la Ley General del Ambiente y la necesidad de implantar una reforma procesal respecto a la tutela de los derechos ambientales y el otorgamiento de medidas cautelares, las cuales deberán estar inspiradas en el principio precautorio para establecer procesos cautelares en el acto y, sin mayor demora, la conformación de un juzgado ambiental de competencia nacional y, por parte del Ministerio del Ambiente, conformar la creación del Arbitraje Ambiental mediante el Tribunal de Solución de Controversias Ambientales, que deberá recaer en la administración del Ministerio del Ambiente.

1.3.6. Importancia

La importancia de la presente tesis radica en brindar una contribución

doctrinaria y jurisprudencial, analizando diversos casos por daños ambientales, en los cuales no se aplican los principios generales del Derecho Ambiental y se determina que la institución de la responsabilidad civil, tal como se encuentra regulada en el Perú, no puede cumplir el rol que debe de desempeñar una justicia ambiental adecuada.

Es fundamental que los fiscales, jueces y abogados, al asumir una causa ambiental, puedan efectuar la aplicación de los principios del Derecho Ambiental: prevención, precaución, contaminador-pagador y acceso a la justicia ambiental.

Asimismo, es importante resaltar que, tanto los magistrados como los abogados, en su gran mayoría tienen desconocimiento de los conceptos y nociones jurídicas del Derecho Ambiental y el daño ambiental, con lo cual no se puede conllevar un proceso judicial ambiental idóneo y, en el caso de los abogados, realizar un patrocinio completo y *ad-hoc* en causas ambientales.

La tutela civil y procesal de los derechos ambientales individuales y colectivos reviste importancia por la actual coyuntura ante los diversos problemas ambientales que se están presentando, tales como el calentamiento global. En ese sentido, el Perú constituye una de las más importantes zonas de biodiversidad mundial, nos convertiremos en uno de los países más vulnerables ante el real cambio climático que se está produciendo. De igual manera, debemos agregar el problema de los conflictos ambientales entre las empresas mineras y las comunidades campesinas, los cuales son problemas sociales y políticos que se acrecientan mucho más aún cuando existen indicios de actividades contaminantes. Sin embargo, el Estado no manifiesta ninguna actitud frontal frente a la sanción judicial que se tendría que imponer a las empresas contaminadoras en forma amplia y económicamente significativa.

1.4. Marco Teórico y Marco Conceptual

1.4.1. Derechos ambientales

Los derechos ambientales, tal como lo concebimos en la actualidad, tuvieron una evolución legislativa y doctrinaria, desde un derecho ajeno a la esfera de la calidad de persona, como lo eran la protección de los recursos naturales, para llegar a ser elevados por casi todas las legislaciones de los Estados a la categoría de derechos fundamentales.

En la actualidad los derechos ambientales representan un conjunto de derechos fundamentales, como los son el derecho a la vida frente a los actos contaminantes de una fábrica o empresa minera, el derecho a la salud frente a la contaminación o daños ambientales, el derecho al goce de la propiedad o a no ser privado de ellos por los ruidos y humos de las fábricas, así como el derecho de las nuevas generaciones a preservar y gozar un medio ambiente saludable.

a) Medio ambiente

El medio ambiente es el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría gratificarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos.⁹

b) Tratados internacionales

Motivado por el constante peligro que día a día surca el medio ambiente, muchos Estados elevaron al ambiente como categoría de un derecho constitucional, brindándole protección y garantía ante el daño ambiental

⁹ Andaluz Westreicher, Carlos (2004, p. 107). *Derecho Ambiental- Ambiente sano y desarrollo sostenible*. Lima: Proterra.

(diversas formas de contaminación ambiental).¹⁰ El ambiente es considerado como parte de los derechos humanos de tercera generación.¹¹

Existen diversos tratados internacionales, pero debemos indicar que el Derecho Ambiental Internacional es la base de las diferentes normativas ambientales en las diversas legislaciones; constituyen, por esencia, derechos que tienen como fuente los tratados internacionales.

Entre los más importantes tenemos:

- Convención sobre los Humedales, especialmente, de Importancia para Aves Acuáticas (Ramsar, 1971);
- Convención sobre Patrimonio Natural y Cultural Mundial (Washington, 1972);
- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) (Washington, 1973);
- Convención para la Protección de Especies Migratorias (Bonn, 1979);
- Protocolo sobre Sustancias que Agotan la Capa de Ozono (Protocolo de Montreal, 1987);
- Comisión Mundial sobre Medio Ambiente (Organización de las Naciones Unidas);
- Comisión Brundtland (1984-1987): Informe Brundtland o “*Nuestro*

¹⁰Seguimos ubicando nuevos problemas ambientales como la desertificación, el efecto invernadero, el elevamiento del nivel del mar, inundaciones, sequías, tormentas. El hombre está edificando *tecnopolis* y *megapolis*; ciudades con un aire irrespirable, contaminando ríos y lagos, ha causado agujeros en la capa de ozono, ha calentado el clima de la tierra por una combustión acelerada y de proporciones extraordinarias en los últimos cien años.

¹¹ Foy Valencia, Pierre (1997, vol. I, p. 121). “En busca del Derecho Ambiental”. En: *Derecho y Ambiente: aproximaciones y estimativas*. Lima: Fondo Editorial-Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP-IDEA). “*La tercera generación*” derechos de solidaridad, reflejaría una concepción de la vida en comunidad; su vigencia estaría condicionada a la existencia real de un esfuerzo conjunto de todos los componentes sociales: individuos, Estados, comunidades, etc. Es el caso del derecho a la paz, al desarrollo, al ambiente sano y equilibrado, además del respeto al patrimonio común de la humanidad.

Futuro Común;

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD). Río de Janeiro, 1992 (“*Cumbre de la Tierra*”);
- Convenio sobre el Control del Movimiento Transfronterizo de Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 1994);
- Convención Internacional de Lucha contra la Desertificación y Sequía (Paris, 1994);
- Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático (Kyoto, 1997);
- Convenio sobre la Diversidad Biológica;
- Convenio Marco sobre Cambio Climático;
- Declaración de Bosques;
- Declaración de Principios de Río sobre Ambiente y Desarrollo, Agenda 21.

c) Derecho de integridad de la persona

El Derecho Ambiental por estar relacionado directamente a la protección o posible vulneración de un conjunto de derechos de la esfera pública y privada, trae consigo la importancia de tutelar la integridad de la persona en forma conjunta de sus derechos patrimoniales y no patrimoniales.

La integridad de la persona se puede evidenciar cuando un daño ambiental tradicional puede traducirse en un daño corporal, cuando los derechos afectados por el deterioro del medio sean la vida o la integridad física¹² como pueden ser: intoxicaciones por contacto con aguas contaminadas, daños personales por contaminación ambiental, enfermedades profesionales derivadas de la utilización de productos contaminantes, dolencias o agravamientos de las mismas a causa del ruido.

¹² Es lo que, en parte de la doctrina italiana, se ha denominado como el “derecho al medio ambiente saludable”, calificado, incluso en sí mismo, como un derecho a la personalidad. Se hace referencia con esta expresión al daño a la salud causado por contaminación o por situaciones que inciden sobre la salud física o psíquica, que violan la integridad del medio ambiente.

1.4.2. Protección del medio ambiente

a) Regulación en materia civil

La regulación del civil ambiental general regulada en el código civil peruano, es casi nula, de alguna manera mediante una interpretación sistemática del Código Civil podríamos abocarnos a la tutela ambiental mediante 03 instituciones a) La teoría del riesgo creado, b) La Teoría del Abuso del Derecho, c) La Teoría del Ejercicio del Derecho de Propiedad, siendo instituciones que en esencia no fueron reguladas para proteger al medio ambiente o prevenir la ocurrencia de los daños ambientales.

La legislación civil ambiental especial regulada en la Ley General del Ambiente es absurda y confusa, debido a que acoge los dos regímenes: (i) el régimen objetivo y (ii) el régimen subjetivo, siendo la responsabilidad civil ambiental por excelencia objetiva o de riesgo creado, que sin duda alguna en una interpretación sistemática con el Código Civil solo traen consigo mayor dificultad e inseguridad jurídica.

b) Regulación en materia administrativa

En materia administrativa existen sanciones a ciertas actividades industriales y extractivas, las cuales no surten sus efectos debido a la falta de un proceso administrativo sancionador independiente y especializado.

A manera de ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas es el ente encargado de promocionar la actividad minera y, a la vez, se encarga de ser el sancionador de las infracciones administrativas de las principales compañías mineras y petroleras.

El rol que debe cumplir el Ministerio del Medio Ambiente, de ser autoridad

sancionadora, quedó relegado a un ente veedor, sin poder sancionador, con lo cual, la regulación administrativa ambiental carecerá de eficacia por no tramitarse procesos sancionadores independientes y especializados.

Sin embargo parece que el OEFA (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental) adscrita al Ministerio del Ambiente, según intenciones legislativas, se estaría otorgando mayores facultades de interponer multas ambientales ejemplares y acorde con los daños ocasionados por las empresas extractivas, siendo que el pago de multas por mas elevados siempre será otorgados a favor del estado y no a las victimas de actos de contaminación.

c) Indemnización de derechos patrimoniales

Uno de los principales fundamentos para regular un régimen de responsabilidad civil ambiental en nuestro sistema, son las indemnizaciones patrimoniales de los derechos ambientales. Los daños ambientales, siendo irreparables, deben tener un valor patrimonial significativo en las indemnizaciones. Nos enfrentamos a la realidad ante tribunales que, en materia de indemnizaciones, no emiten fallos económicamente justos para las víctimas, mucho menos aún para un tema tan utópico e ideal como son las indemnizaciones por vulneración de derechos ambientales.

d) Derecho de integridad de la persona

Tomando en consideración que la persona es el fin supremo de la sociedad y que todos los derechos ambientales giran en torno a la persona. Ya sea en su esfera privada o pública, es fundamental que toda persona o ciudadano tenga el goce amplio de sus derechos ambientales y tenga el acceso a la justicia ambiental.

e) Teoría del abuso del derecho

Los derechos ambientales en forma indistinta se encuentran en la esfera privada y pública, siendo patrimoniales y no patrimoniales, que se ven

amenazados por el ejercicio abusivo del derecho de concesión minera o de la propiedad de la fábrica, al contaminar sin reparos a sus vecinos.

Este abuso puede expresarse en el acceso a la justicia cuando los órganos jurisdiccionales no brindan tutela rápida y efectiva ante hechos que lesionan los derechos ambientales. La teoría del abuso de derecho, comprendida como principio general de derecho y lineamiento básico de nuestro sistema civil, desempeña un rol fundamental en la responsabilidad civil ambiental, tanto en la prevención y la reparación.

1.4.3. Tutela civil frente a los daños ambientales

a) Conflictos ambientales

Los informes de la Defensoría del Pueblo, los periódicos y los otros medios informáticos, son los encargados de transmitir los diferentes conflictos ambientales en diferentes puntos del país, por diversos motivos, pudiendo ser la falta de consulta, el problema del agua, la pobreza de las poblaciones cercanas a las compañías extractivas, la desinformación de los pueblos, falta de comunicación e interlocutoras de sectores en conflictos, y la falta de voluntad política de reconocer que la licencia social previa, es requisito indispensable para la estabilidad de las inversiones y buen manejo de los recursos económicos, en beneficio de las poblaciones afectadas y empobrecidas.

b) Supuesto de prevención necesario

El fundamento básico del sistema de responsabilidad civil ambiental exclusivamente se basa en el principio de prevención y el principio de precaución. Los daños ambientales son irreparables e irreversibles, sólo queda regular con normas inspiradas la prevención como principio general de toda actividad industrial, pública y privada.

c) Problemas de acceso a la justicia ambiental

Los juzgados y fiscalías de nuestro sistema judicial juegan un rol fundamental desde el momento en que el ciudadano acude a pedir tutela jurisdiccional frente al desmedro del derecho ambiental, pero al no contar con especialidad y no contar con precedentes jurisdiccionales en casos ambientales, en forma preliminar, las denuncias son archivadas o las demandas son declaradas improcedentes. Esto último perjudica y niega a los justiciables su derecho de ser atendidos y que sean tramitadas sus acciones procesales.

d) Escasa jurisprudencia ambiental peruana

Qué duda cabe al indicar que no existen casos ambientales que hayan meritado fallos jurisdiccionales que sirvan de lineamientos de tutela ambiental. Tal vez, el caso Yanacocha tramitado con el principio de acceso a la justicia ambiental haya podido representar un precedente importante, lo cual no sucedió.

Son de destacar los fallos del Tribunal Constitucional referidos a casos de regalías mineras; el caso Nextel o el caso del área de conservación regional de San Martín; la Cordillera Escalera en contraposición con un consorcio petrolero y algunos amparos ambientales que sirven de fuente de estudio y establecer algunos criterios de tutela constitucional, representan importantes avances de criterios que tutelan los derechos ambientales.

e) Actividades industriales y extractivas: minería, hidrocarburos

La bonanza minera, las inversiones en petróleo y gas y la promoción de las concesiones madereras, no sólo traen consigo oportunidades de negocios e inversiones, sino conflictos sociales, debido a que todas estas actividades en la

mayoría de ocasiones están contrapuestas a territorios habitados por comunidades campesinas o nativas, quienes en muchas ocasiones son desinformados y usados como carne de cañón de interés político, dejando de lado el rol fundamental del reclamo de estas comunidades a tener un desarrollo armónico y beneficioso de estas actividades.

Los conflictos sociales en estas actividades se generan por la falta de confianza y beneficio económico directo a las comunidades afectadas.

1.5. Hipótesis

1.5.1. Hipótesis principal

El daño ambiental constituye un daño *sui generis*, por cuanto quebranta un conjunto de derechos fundamentales (vida, salud, propiedad, libertad, etc.) de la persona, siendo éste un daño patrimonial y no patrimonial, colectivo y privado, encontrándose su magnitud muy perjudicial y complicada como para poder definir el real alcance e impacto de toda actividad contaminante, sean extractivas o industriales.

La regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Código Civil peruano es casi nula, y la que se encuentra en la Ley General del Ambiente es confusa, ambigua e imprecisa; en consecuencia, existe una regulación inadecuada que brinde una protección efectiva del daño ambiental.

1.5.2. Hipótesis secundaria

a) Hipótesis secundaria 1

No es suficiente la regulación de la responsabilidad jurídica por daño ambiental, por cuanto el Código Civil peruano y la Ley General del Ambiente, presentan inconsistencias, contradicciones y vacíos legales,

por lo cual sería pertinente la conformación de una legislación especial que permita garantizar la protección del medio ambiente por el daño ambiental.

b) Hipótesis Secundaria 2

Las bases y acciones de una sistematización jurídica del daño ambiental, se deben de constituir sobre un conjunto de principios ambientales como lo son: el principio de prevención, el principio precautorio, el principio contaminador-pagador y el principio de acceso a la justicia ambiental.

1.6. Tipo de Investigación

El tipo de investigación es cualitativa.

1.7. Diseño de la Investigación

El diseño de la presente investigación es descriptiva, Para tal efecto, se logró obtener como fuentes de investigación: legislación, doctrina, jurisprudencia nacional y extranjera, se logró efectuar entrevistas a profesores y magistrados que hayan tenido experiencia en materia de responsabilidad civil y derecho ambiental tanto en los fueros académicos como en el ejercicio profesional.

1.8. Cuadro de variables e indicadores

Variables	Indicadores
Variables	Indicadores
Derecho integridad de la persona	Derecho a la vida Derecho a la salud Derecho al descanso Derecho al domicilio Derecho moral

Derecho ambiental	Derecho Civil Derecho Constitucional Derecho Administrativo Derecho Penal Derecho Procesal
Sistema de protección a los derechos ambientales	Ley: Internacional (Tratados) Nacional Principios Prevención Daños ambientales
Daño Ambiental	Individual Colectivo Patrimonial No patrimonial Difuso
Responsabilidad ambiental	Derecho comparado Derecho nacional <ul style="list-style-type: none"> - Civil - Penal - Administrativo - Institucional
Derecho ambiental en el Perú	
Protección ambiental en el Perú	<ul style="list-style-type: none"> - Regulación en materia civil, administrativa. - Indemnización derechos patrimoniales - Derecho integridad de la persona - Teoría del abuso del derecho
Daños ambientales en el Perú	Doe Run - Yanacocha Ley General del Ambiente

	<ul style="list-style-type: none">- conflictos ambientales- supuestos de prevención necesarios- problemas de acceso a órganos jurisdiccionales- escasa jurisprudencia ambiental- minería- hidrocarburos
--	---

1.9. Técnica de acopio de información

La técnica de acopio de información consiste en el análisis de documentación escrita sobre: legislación, doctrina, jurisprudencia nacional y extranjera en referencia al derecho y daño ambiental.

CAPÍTULO II

El medio ambiente como derecho fundamental

2.1. El derecho a un medio ambiente equilibrado y los derechos fundamentales

La protección constitucional del medio ambiente figura hoy entre las principales preocupaciones de la sociedad, en tal sentido las naciones, dentro de sus respectivos ordenamientos constitucionales han evolucionado plasmando el reconocimiento de un derecho difuso de esta naturaleza, para consagrarlo como un derecho de escala constitucional y un derecho humano de tercera generación.

En los últimos tiempos se ha desarrollado de manera sin precedentes y, más aún, con las diferentes cumbres sobre este tema que se inició con la Declaración Universal de Derechos Humanos que proclama que “*Toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)*”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refiere expresamente a la necesidad de

mejorar el ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona. Así también, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (Convención de Estocolmo de 1972), proclama el derecho del hombre a “*condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad permita vivir con dignidad y bienestar*”, así como el “*deber de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras*”, la Cumbre de Río y la reciente Cumbre de Johannesburgo 2002. Todas ellas y otras reuniones internacionales se llevaron a cabo con el propósito de regular mecanismos de protección de índole internacional y nacional en protección del medio ambiente y los recursos naturales, así como políticas públicas por parte de los Estados tendientes a proteger estos derechos que pertenecen a toda la humanidad.

El derecho a un medio ambiente sano, así como a sus sistemas de protección y teorías, han puesto en evidencia el estrecho vínculo existente entre el goce de los derechos fundamentales y la calidad ambiental.

Las alteraciones al equilibrio ecológico pueden traducirse en afectaciones a la vida, la salud, la propiedad e incluso a la seguridad y la paz de las personas.

El derecho a disfrutar y a vivir en un ambiente sano se considera como un derecho humano básico y, en opinión de algunos, como requisito previo y fundamento para el ejercicio de otros derechos humanos, económicos y políticos. Se discute, incluso, si se trata de un verdadero derecho subjetivo del que todos somos titulares, o si será la consecuencia más o menos acertada de la correcta actuación de los poderes públicos en su genérica y específica obligación de proveer interés general.¹³

La calidad de los sistemas naturales y su equilibrio tiene la capacidad de determinar el goce efectivo de derechos humanos fundamentales. Esta vinculación se pone en evidencia en pronunciamiento de diferentes organismos

¹³ Demetrio, Loperena (1996, p. 46). *El derecho al medio ambiente adecuado*. Madrid: Cívitas.

jurisdiccionales internacionales, donde se ha declarado la vulneración de derechos como a la vida, la salud o a la seguridad por acciones que impactan negativamente el ambiente del cual dependen las personas.

La gestión no sostenible de recursos naturales pueden generar escenarios de gran tensión social e incluso de alteración de la paz, situación que ha llevado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a declarar que existen causas no militares que ponen en riesgo la paz y seguridad internacional, entre las cuales se encuentran las ecológicas.¹⁴

No es extraño, entonces, que en el plano internacional la protección del medio ambiente se haya concretado a través de la exigencia de respeto a derechos humanos como los referidos a la vida y la salud. Sin embargo, es posible establecer vinculaciones con otros derechos, como a la igualdad o la no discriminación racial o étnica, donde, por ejemplo, los Estados, en el marco de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, informan al Comité respectivo sobre las medidas implementadas para garantizar un ambiente sano a grupos étnicos concretos.

(...) dentro del marco de las reclamaciones que los particulares pueden realizar sobre a base del Protocolo Facultativo Primero del Pacto de Derechos Civiles y Políticos es posible encontrar algunos asuntos recientes en los que el Comité ha señalado la necesidad de respetar la naturaleza y el medio ambiente como condición necesaria para asegurar los derechos de ciertas minorías étnicas, sobre la base del Artículo 27 del Pacto.

Desde la visión iusnaturalista del Derecho, ¿podemos considerar que el derecho al medio ambiente saludable sea un derecho humano, y la misma razón, un derecho inviolable? En otras palabras ¿es un derecho que los legisladores supranacionales y el legislador nacional reconocen, pero no introducen *ex novo*? Si se enlaza el derecho al medio ambiente saludable con

¹⁴ Declaración del 31 de enero de 1992, hecha pública con motivo de la reunión de los miembros del Consejo de Seguridad de nivel de jefes de Estado.

el derecho a la salud, a la vida privada y con el derecho a una vida digna, se pueden invocar los artículos 3 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 8 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales: el artículo 24 del proyecto de Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo.¹⁵

En este contexto, parece ser relevante un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emitido en el caso *López Ostra c/. España* del 9 de diciembre de 1994.

Se trata de un caso de inmisiones por humo u olores nocivos a la salud, derivados de una fábrica de tratamiento de residuos. El Tribunal de Estrasburgo consideró que, aun cuando fueran no lesivos a la salud, las inmisiones comportaban una violación de la vida privada y familiar de los habitantes del lugar donde se encontraba situada la fábrica. De aquí la obligación de las autoridades administrativas, de proteger este derecho, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo, y el derecho de la víctima al resarcimiento del daño, que estuvo expuesta, por más de tres años, a la contaminación atmosférica.

La Comunidad Europea tiene más de 30 años, de experiencia en iniciativas legislativas asumidas en el nivel comunitario europeo. En este contexto se pueden recordar el artículo 130-R del Tratado de Roma, las directivas en materia de protección del medio ambiente, así como los numerosos convenios internacionales relativos a los distintos tipos de contaminación. En lo tocante a la legislación interna, basta con mencionar la regulación: (i) de la contaminación atmosférica (Ley n.º 615 del 13 de julio de 1966); (ii) de la contaminación hídrica (Ley n.º 319 del 10 de mayo de 1976); (iii) de la contaminación nuclear; (iv) de la contaminación del suelo, en particular, de la contaminación derivada de residuos sólidos (Ley n.º 475 de 1988). Las normas

¹⁵ Alpa. Guido (2006, p. 532). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores, 1.ª Ed.

anteriormente mencionadas están relacionadas a actividades industriales y que representan regulaciones que imponen la observancia de comportamientos a quien desarrolla actividades de contaminación; en ellas se prevén procedimientos administrativos, se trazan programas de protección del ambiente y se prevén sanciones de naturaleza administrativa y penal, concordantes con el Derecho Comunitario Europeo del Medio Ambiente.¹⁶

2.2. El Estado y la Política Ambiental

En la línea de la experiencia constitucional comparada tenemos que la Constitución Española, en el artículo 45, inciso 2, establece:

Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Se establece como un deber y un principio rector de los poderes públicos el uso racional de los recursos naturales; al mismo tiempo, obliga a través de este principio rector a los poderes públicos para que las medidas que se dicten tengan la finalidad de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. Además del reconocimiento de la naturaleza personal/colectiva de este derecho, se establece que toda esta política tiene como presupuesto el apoyo en la indispensable solidaridad colectiva. Criterio consagrado de manera específica en la Constitución española (artículo 45, inciso 2).¹⁷

En los artículos del 66 al 69 de nuestra Constitución Política se establecen disposiciones referentes al ambiente y los recursos naturales. Se usa

¹⁶Alpa, Guido (2006, p. 527). *Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.

¹⁷ Artículo 45, inciso 2 de la Constitución Española, establece: «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

primeramente la técnica administrativa como política de acción ambiental de la desmaterialización (dominio público sobre los bienes ambientales) de los recursos naturales, declarándolo patrimonio de la nación. El modelo constitucional peruano establece que el Estado promueve el *uso* de los recursos naturales de parte de los particulares a través de la concesión y otras formas de uso (artículo 66, segundo párrafo) fue una de las principales preocupaciones del legislador constitucional la tendencia al desarrollo constitucional de estos artículos como es la Ley Orgánica del Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley n.º 26821; Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley Forestal y Fauna Silvestre, entre otras.

Asimismo, el Estado determina la política ambiental, en el artículo 67, y obliga a entenderse en sus diferentes niveles: nacional, regional y local; y al mismo tiempo, a través de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Establece también las líneas o pautas rectoras para la política del ambiente, tenemos los artículos 67, 68 y 69 de la Constitución, donde se establece que el Estado está obligado a promover:

- El uso sostenible de los recursos naturales;
- La conservación de la diversidad biológica;
- Las áreas naturales protegidas; y
- El desarrollo de la Amazonía con una legislación adecuada.

En este sentido, el Estado en todas sus manifestaciones y niveles, debe tener un rol activo en la promoción del uso de los recursos naturales, la conservación de la diversidad biológica, las áreas naturales protegidas y el desarrollo de la amazonia. Establecer la conexión con el derecho de la persona a un ambiente equilibrado y adecuado. Estos *usos* de los recursos naturales no deben deteriorar *la calidad de vida de las personas*, para remarcar su naturaleza colectiva. Además, se hubiera establecido a modo de línea rectora de política ambiental, la participación ciudadana en las decisiones sobre los recursos naturales y el medio ambiente. Esto está ausente.

En esta línea de análisis se entiende la individualidad ciudadana en la creación de espacios naturales protegidos. En este punto, coincidimos con el profesor Canosa Usera cuando advierte la modulación de los diseños constitucionales entre *constitucionalismo liberal* y el *constitucionalismo social*.¹⁸

Durante el año 2008 el Estado peruano mediante el Decreto Legislativo n.º 1013 crea el Ministerio del Ambiente, teniendo como estructura de organización dos viceministerios: el Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales que tiene las siguientes funciones: a) diseñar la política y estrategia nacional de gestión integrada de recursos naturales y supervisar su implementación; y b) diseñar la política integrada de las áreas naturales protegidas por el Estado y supervisar su implementación, elaborar y coordinar la estrategia nacional de: diversidad biológica, cambio climático y medidas de adaptación, lucha contra la desertificación y sequía.

El segundo Viceministerio de Gestión Ambiental, tiene entre sus facultades: a) diseñar y coordinar la política y el plan de gestión ambiental; b) elaborar el Plan de Estándares de Calidad Ambiental (ECA) y Límites Máximos Permisibles (LMP), promover y difundir tecnologías innovadoras; c) fomentar y promover la educación ambiental de los ciudadanos; d) diseñar, aprobar y supervisar la aplicación de los instrumentos de prevención, control y rehabilitación ambiental relacionado con los residuos sólidos, el control de los efluentes, calidad de aire

¹⁸ Canosa Usera, Raúl (2000, pp. 32-33). *Constitución y Medio Ambiente*. Madrid: Editorial Dykinson. “Si algo caracteriza al constitucionalismo social es, sin duda, su mayor densidad material. En efecto, a diferencia del constitucionalismo liberal que postulaba constituciones breves y con el acento en lo procedimental, las del estado social se llenan de cláusulas sustantivas; se adensa la Constitución, materializándose. No es que el constitucionalismo liberal careciera de bases materiales, que las tenía, pero no se proclamaban, salvo cuando era imprescindible, en el texto constitucional”. Esta característica se advierte en la Constitución Peruana de 1993. A su vez añade: “El constitucionalismo social, por el contrario, necesita constantemente adentrarse porque no se trata de conservar una situación social, económica o cultural, establece, si no que aspira, por el contrario, a transformar la realidad; y como la transformación a veces exige violentar o modular otros intereses, la Constitución ha de autorizar esa ponderación entre bienes jurídicos”.

y garantizar una óptima calidad ambiental; y e) dirigir el Sistema Nacional de Información Ambiental (SINIA).

Mucho se discutió en los sectores mineros, empresariales, ambientalistas y públicos, sobre las competencias de fiscalización y sanción que debería de tener el Ministerio del Ambiente, siendo que a la fecha en forma efectiva las competencias sobre fiscalización y sanciones administrativas siguen siendo competencia de los Ministerios de origen, como el Ministerio de la Producción respecto a las diferentes industrias, y Ministerio de Energía y Minas, respecto a las actividades mineras, siendo a la fecha la única excepción respecto a actividades en hidrocarburos, por cuanto el OSINERGMIN transfiere las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental. En materia de hidrocarburos, en general, y electricidad al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA),¹⁹ es importante esta transferencia de funciones, porque de esta manera el Ministerio del Ambiente se podría encaminar a conformar en algún momento la autoridad ambiental exclusiva que tenga a su cargo la potestad fiscalizadora y sancionadora, siendo esto primordial, por cuanto los ministerios como el de Energía y Minas o el de la Producción, tienen que seguir realizando las funciones de promoción de las actividades industriales y comerciales dentro del país, como verificar el cumplimiento de aspectos administrativos que no deban tener ninguna relación con la fiscalización y sanción en materia ambiental.

2.3. El derecho fundamental a un medio ambiente adecuado y equilibrado en la Constitución Política

El tratamiento constitucional del medio ambiente como Derecho Fundamental, consagrado en nuestra Constitución de 1993 brinda nociones concretas sobre el derecho al medio ambiente, tanto en su dimensión individual como colectiva, como un derecho fundamental, desde la óptica constitucional y como un

¹⁹ Según la Ley n.º 29325, Decreto Supremo n.º 0001-2010-MINAM y Resolución de Consejo Directivo n.º 001-2011-OEFA/CD.

derecho reconocido dentro de la tercera generación de los derechos humanos.²⁰

Es de resaltar que nuestro país en los últimos años, y en la recordada Constitución de 1979 es que se decide innovar respecto a la incorporación de la nueva gama de los derechos constitucionales, en virtud de la cual se decide introducir el derecho a un ambiente saludable y equilibrado. Conforme a estos avances constitucionales, la Constitución de 1993, que en su artículo 2, inciso 22 prescribe como un derecho fundamental “a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Para el Tribunal Constitucional, un medio ambiente equilibrado es un conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; los ecosistemas e incluso, la exósfera, esto es, la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo que lo habite.

El medio ambiente es el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúan en un espacio y tiempo determinados. Esto podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en lugar y tiempo concretos.²¹

²⁰ Ver: Vidal. Roger y Fernando Jump (2011, p. 401). *El derecho humano a un medio ambiente equilibrado y adecuado y la Constitución peruana de 1993*. En: *Gaceta Constitucional*. Lima, enero 2011, tomo 37. “El derecho al medio ambiente se encuentra dentro de los llamados derechos de la solidaridad, junto al derecho a la paz, al desarrollo, entre otros. En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo de 1972, se proclamó el derecho del hombre al medio ambiente, indicando en su preámbulo que un medio ambiente de calidad satisfactoria era indispensable para que el hombre pueda disfrutar de sus derechos fundamentales. Este instrumento internacional es considerado como base para la incorporación del derecho al ambiente en las constituciones nacionales”.

²¹ Andaluz Westreicher, Carlos (2004, p. 107). *Derecho ambiental-ambiente sano y desarrollo sostenible*. Lima: Proterra.

Defender el derecho al ambiente es defender una amplia gama de derechos fundamentales del hombre es por eso que al hablar de derecho al medio ambiente lo debemos concebir en un concepto amplio relacionado con otros derechos fundamentales, *el derecho a la vida, derecho a la salud, el derecho al descanso, el derecho a la libertad y la integridad física-moral, a la inviolabilidad de domicilio, el derecho a la intimidad, el derecho al trabajo*. Disfrutar de los bienes ambientales entraña un acto de libertad —de disfrutar del entorno—, libertad amenazada por el uso abusivo de los recursos naturales.

Al mismo tiempo, el ejercicio de otros derechos como el de propiedad o la libertad económica, sólo puede concebirse a partir de ese momento, es decir, es la luz de un nuevo interés protegido y colindado con el ejercicio del derecho a un ambiente adecuado (derecho subjetivo de libertad).

El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado es una consecuencia de la dignidad propia del ser humano, entendida como las condiciones mínimas para el desarrollo del hombre por sí mismo, independientemente de la conducta del individuo. Como especie necesitamos un mínimo de recursos para imprimir nuestros valores y no dejar de ser hombres. En un ambiente contaminado y degradado es imposible que un ser humano pueda desarrollarse y vivir con dignidad, siendo estas circunstancias adversas lo que envilecería y degradaría su naturaleza. Así como el ser de un pez no podría concebirse sin agua, el hombre no puede ser tal, sin un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, conformando ello parte de su dignidad.²²

Así pues, cuando se habla, en general, del derecho al medio ambiente, se hace referencia al “derecho a la integridad del medio ambiente”, y dicha posición ha sido calificada con precisión en términos de interés difuso, pero también en términos de derecho subjetivo individual. Y cuando se habla de daño ambiental, o de daño al medio ambiente, se hace referencia a las

²² Carhuatocto Sandoval, Henry. (2009. p.28).Guía de derecho ambiental. Jurista Editores. Lima.

obligaciones de restauración o de resarcimiento que recaen en aquéllos que violan la integridad del medio ambiente.

Los sujetos legitimados activamente para requerir el resarcimiento del daño ambiental no son los individuales, sino únicamente las entidades (públicas) a las cuales se reconocen la titularidad de los intereses a la integridad del medio ambiente. El ingreso de intereses difusos y la protección de éstos no da lugar al resarcimiento del daño, sino más bien a posiciones procesales de promoción de procedimientos (administrativos) o de intervención en procedimientos civiles o penales.²³ Otra cuestión y otro género de problemas surgen cuando se habla, ya no de “integridad del medio ambiente”, sino del *medio ambiente saludable*, porque en este último caso, se hace referencia al *daño a la salud ocasionado por fenómenos de contaminación*; es decir, por fenómenos que inciden en la salud física y psíquica, como efecto de la violación de la integridad del medio ambiente.

El derecho a disfrutar del medio ambiente sano tiene naturaleza compleja, de un lado y, primordialmente, es un derecho de autonomía, pero, por otro lado, se trata de un derecho prestacional, porque puede reclamarse a los poderes públicos que pongan a disposición de los titulares los bienes ambientales en condiciones adecuadas para el desarrollo de la persona.

Debemos considerar que el derecho ambiental se encuentra inmerso entre el derecho público y el derecho privado. Es decir, el derecho al medio ambiente, puede contener derechos de carácter colectivo e individual, también derechos patrimoniales y no patrimoniales.²⁴

²³Caravita, “I principi Della politica comunitaria in materia ambientale”, en Riv. Giur. Amb., T.I, Padua, 1997, p. 419. Citado por ALPA, Guido. Ob Cit. p. 528 – 529.

²⁴ Los bienes ambientales son aquellos que sirven de uso y aprovechamiento al hombre, es decir aquellos con los pueda darse una situación jurídica; ubicamos bienes ambientales patrimoniales y bienes ambientales no patrimoniales. Estos bienes podrían ser públicos en sentido estricto o, más bien, colectivos y administrados por los poderes públicos. Ubicamos dentro de los bienes ambientales el entorno natural, incluyendo el aire, el suelo, el subsuelo, el clima, la flora, la fauna y el paisaje.

Podemos accionar en forma individual o colectiva en los procesos en defensa de los diversos derechos ambientales, la representación procesal puede ser delegada a personas jurídicas.²⁵

Motivado al constante peligro que día a día surca el medio ambiente, muchos Estados elevaron al ambiente a la categoría de un derecho constitucional brindándole protección y garantía ante el daño ambiental (diversas formas de contaminación ambiental). El ambiente es considerado como parte de los derechos humanos de tercera generación.²⁶

La Constitución Política de 1993 establece como derechos fundamentales de la persona: el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, inciso 22). Debemos mencionar que se desprende de este artículo 2, que el legislador constitucional no advirtió la naturaleza dual de estos derechos fundamentales individuales.²⁷

La redacción de este artículo desde esta perspectiva, tiende a minimizar el contenido de estos derechos a la esfera subjetiva, como solamente de disfrute personal; personalísimo.

Así, tenemos que se regula como el derecho de la persona a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, derechos que describen una parte del derecho subjetivo al medio ambiente, y este derecho al ocio y a la

²⁵En un acápite especial, nos abocaremos a la legitimidad ambiental frente a procesos judiciales y administrativos.

²⁶Foy Valencia, Pierre. (1997, p. 121). *"En Busca del Derecho Ambiental"*, En: Derecho y Ambiente: Aproximaciones y Estimativas, volumen I. (IDEA-PUCP) Fondo editorial PUCP/Facultad de Derecho PUCP, Lima, *"La tercera generación"* derechos de solidaridad, reflejaría una concepción de la vida en comunidad; su vigencia estaría condicionada a la existencia real de un esfuerzo conjunto de todos los componentes sociales: individuos, Estados, comunidades, etc. Es el caso del derecho a la paz, al desarrollo, al ambiente sano y equilibrado, además del respeto al patrimonio común de la humanidad.

²⁷ Piñar Díaz, Manuel. (Núm. 5/Agosto 1994.) *El derecho de la persona a disfrutar del medio ambiente en la Constitución Española*. En: Gaceta jurídica de la Naturaleza y el Medio Ambiente.

contemplación se conecta al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para *el desarrollo de su vida*.

El texto constitucional de 1979, promovía una protección mucho más amplia y completa, por el cual prescribía:

Artículo 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento de los particulares.

Artículo 119.- El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo, fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico.

Artículo 123.- Todos tienen el derecho de habitar un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.

Se puede observar que el legislador en la Constitución de 1979, en su artículo 123 regulaba el derecho subjetivo/colectivo de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Este artículo constitucional no estaba ubicado dentro de los derechos fundamentales de la persona propiamente dicho, por la naturaleza colectiva de este tipo de derecho. Al mismo tiempo, establecía la obligación de los poderes públicos a prevenir y controlar la contaminación ambiental.

La Constitución peruana de 1993 se desarrolló en un contexto de privatización, desregulación, apertura de mercados, flexibilización, reducción de las tareas del Estado para dar lugar al desarrollo de una economía del mercado, teniendo éstas influencia en las regulaciones jurídicas nacionales a desarrollar

tendencias ecoliberales en lo referente a las regulaciones sobre medio ambiente y recursos naturales.

Enfatizando la naturaleza personalísima del disfrute del derecho al medio ambiente, pero descuida el otro lado del derecho que son los aspectos colectivos y prestacionales, cuyas realizaciones compartidas con otras personas y el Estado olvidaron la obligación prestacional del medio ambiente y los recursos naturales.²⁸ En este sentido, con relación a la Constitución de 1979, hay una seria limitación conceptual. A ello hay que añadir que esos nuevos derechos no sólo corresponden a las nuevas funciones y prestaciones del Estado, sino que además se deben al desarrollo de nuestra, cada vez más industrializada sociedad, donde la producción y la contratación en masa pueden llegar a amenazar algunos derechos de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad frente al poder industrial o económico de muchas grandes empresas que actúan en el panorama económico contemporáneo.²⁹

Con relación a la experiencia de la legislación constitucional comparada, la Constitución española, que delineó con precisión este derecho, en su artículo 45, que establece en su Inciso 1, que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

En el Inciso 3 establece que para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, como la obligación de reparar el daño causado.

²⁸ Un claro ejemplo de esta obligación prestacional del Estado, es la suscripción del Perú de la Carta de la Tierra, en Río 92; Declaración de Johannesburgo y los Convenios de Diversidad Biológica, Cambio Climático, Agenda XXI, firmados, suscritos y ratificados por el Perú.

²⁹ Priori Posada, Giovanni (1997, p. 98). "La Tutela Jurisdiccional de Difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional". *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 14. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Una interesante argumentación y un razonamiento sobre el tema, es el realizado por Manuel Piñar Díaz, donde precisa que la relación medio ambiente, recursos naturales y persona humana, es la que interesa para estos efectos jurídicos.³⁰

El texto constitucional español establece sanciones penales o administrativas en caso de incumplimiento y, al mismo tiempo, la obligación de reparar en caso de daño. En el caso peruano, la carta fundamental no establece ninguna cláusula al respecto.³¹ Resultando ilógico cómo el legislador de la Constitución de 1993 deroga una norma prevista en la Constitución anterior que, en forma expresa, *establecía la obligación del Estado de prevenir y controlar la contaminación ambiental y el deber de todos los ciudadanos de conservar el medio ambiente* (artículo 123). Comentando estas normas, Marcial Rubio Correa señala que es lamentable que no se haya decidido incorporar en la Constitución actual (1993) los aspectos relativos al control de la contaminación ambiental y el deber de conservar el medio ambiente.³²

El derecho a un medio ambiente sano, así como sus sistemas de protección y teorías han puesto en evidencia el estrecho vínculo existente entre el goce de los derechos fundamentales y la calidad ambiental.

Alteraciones al equilibrio ecológico pueden traducirse en afectaciones a la vida, la salud, la propiedad, e incluso a la seguridad y la paz de las personas.

³⁰ Piñar Díaz, Manuel (1996). «El derecho de la persona a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia». Granada: Editorial Comares. En *Gaceta Jurídica*, agosto 1994, nos refiere que “según se ha interpretado el derecho al medio ambiente es aquél que toda persona tiene derecho a disfrutarlo, es reconocido a la persona en consideración a permitirle el normal proceso del ciclo biológico que tiene lugar constantemente desde el nacimiento hasta la muerte, que precisa de unas condiciones externas que comparte con otros hombres y seres vivos y, además de otras creadas por la actividad humana. En el medio ambiente así entendido, convergen una serie de interacciones e interacciones de seres vivos y además que, a través de ella y con arreglo a unas pautas, ven asegurado su discurrir biológico dentro del ecosistema que le es propio”.

³¹ Donayre Pinedo, Miguel (2003, pp. 27-36). *El defensor del pueblo, medio ambiente y recursos naturales*. Lima.

³² Cfr. Rubio Correa, Marcial (1999, p. 413). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo I.

La calidad de los sistemas naturales y su equilibrio tiene la capacidad de determinar el goce efectivo de derechos humanos fundamentales. Esta vinculación pone en evidencia el pronunciamiento de diferentes organismos jurisdiccionales internacionales, donde se ha declarado la vulneración de derechos, como a la vida, la salud o a la seguridad por acciones que impactan negativamente el ambiente del cual dependen las personas.

La gestión no sostenible de recursos naturales pueden generar escenarios de gran tensión social e incluso de alteración de la paz, situación que ha llevado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a declarar que existen causas no militares que ponen en riesgo la paz y seguridad internacional, entre las cuales se encuentran las ecológicas.³³

No es extraño, entonces, que en el plano internacional la protección del medio ambiente se haya concretado a través de la exigencia de respeto a los derechos humanos como los referidos a la vida y la salud. Sin embargo, es posible establecer vinculaciones con otros derechos, como a la igualdad o la no discriminación racial o étnica, donde, por ejemplo, los Estados, en el marco de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, informan al Comité respectivo sobre las medidas implementadas para garantizar un ambiente sano a grupos étnicos concretos.

De igual modo, según refiere:

(...) dentro del marco de las reclamaciones que los particulares pueden realizar sobre la base del Protocolo Facultativo Primero del Pacto de Derechos Civiles y Políticos es posible encontrar algunos asuntos recientes en los que el Comité ha señalado la necesidad de respetar la naturaleza y el medio ambiente como condición necesaria para asegurar los derechos de ciertas minorías étnicas, sobre la base del artículo 27 del Pacto.

³³ Declaración del 31 de enero de 1992, hecha pública con motivo de la reunión de los miembros del Consejo de Seguridad de nivel de jefes de Estado.

En consecuencia, es de pacífica aceptación en doctrina y jurisprudencia internacional la situación de indecible vinculación entre los derechos humanos y la calidad y equilibrio de los sistemas naturales.

2.3.1. Derecho y deber fundamental

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida; y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

Este derecho es reconocido por primera vez en el principio 1 de la declaración de Estocolmo sobre Medio Humano según el cual “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones futuras.”³⁴

En opinión de Canosa Usera la regulación de un deber constitucional refuerza la limitación sobre la libertad de disposición de los recursos naturales que entraña el reconocimiento del derecho ambiental y la inclusión de principios constitucionales en la materia, esas limitaciones tiene distinto origen, por un lado provienen de la acción pública y, por otro lado, del reconocimiento mismo de un tipo de goce distinto del mero aprovechamiento económico conlleva, en sí mismo, restricciones del goce ilimitado.³⁵

³⁴Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano. (Estocolmo, 1972) Nueva York: Naciones, 1973.

³⁵Canosa Usera. Raul. Ob. Cit. P. 251.

Es fundamental que una ley especial, como la Ley General del Ambiente, catalogue como derecho fundamental al hecho por el cual toda persona en forma individual o colectiva, tenga la atribución del derecho irrenunciable a vivir en un medio ambiente saludable y adecuado para el desarrollo de sus diferentes actividades, si bien el legislador no efectúa mayores alcances sobre las implicancias del derecho fundamental ambiental, éste deberá de ser comprendido en su sentido más amplio y extenso, por cuanto el derecho ambiental fundamental se encuentra constituido por un conjunto de derechos fundamentales, siendo de goce a título individual, colectivo, privado, público y las condiciones para vivir en un ambiente saludable y adecuado para el pleno desarrollo de la vida.

En, tal sentido el Estado nos impone un “deber ambiental” expresado en el deber de contribuir y participar en la gestión ambiental, siempre buscando proteger el ambiente y sus componentes.

Un tema fundamental se relaciona en la protección de la salud, la protección de la biodiversidad y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, sin la protección de las personas, la sociedad no podría prosperar, debido a que nuestro país es megadiverso y, por los efectos del cambio climático, la protección de la biodiversidad representa un deber personal, social y estatal.

Éste es un derecho que tiende a preservar la integridad de la sociedad humana, resulta oponible al Estado y exigible a él, pero que por sobre todas las cosas requiere el concurso de todos los actores sociales para su cumplimiento efectivo.³⁶

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es una consecuencia de la dignidad propia del ser humano, entendida como las condiciones mínimas para el desarrollo del hombre por sí mismo, independientemente de la conducta del individuo, como especie necesitamos un mínimo de recursos para imprimir

³⁶Caro Coria, Dino. (Lima - Perú. 1999. p.69.) El derecho penal del ambiente. Grafica Horizonte.

nuestros valores y no dejar de ser hombres. En un ambiente contaminado y degradado es imposible que un ser humano pueda desarrollarse y vivir con dignidad, siendo estas circunstancias adversas lo que envilecería y degradaría su naturaleza.

La doctrina acepta cuatro expresiones³⁷ del derecho al ambiente sano, susceptibles de protección jurídica, cuya perturbación y violación a la ley debería castigar. Aunque corresponden a una misma categoría jurídica, constituyen manifestaciones diferentes.

En primer lugar, que el derecho humano básico *a que la vida y la salud personales no sean lesionadas o puestas en peligro como consecuencia de la contaminación o deterioro ambiental*. En ese orden de ideas, la protección de este derecho debe entenderse como una extensión brindada previamente para proteger la integridad física y la seguridad personales.

En segundo lugar, el *derecho a un razonable nivel de calidad ambiental*, buscando que este derecho se proteja aun en aquellos casos en que un agente de polución o fuente contaminadora no puedan ser identificados con certeza como la causa de un daño o riesgo específico contra la salud, en razón de que tarde o temprano una grave contaminación del ambiente puede amenazar, tanto la vida como la salud humana.

En tercer lugar, *el derecho a disfrutar del patrimonio ambiental*, el cual podría ser limitado o interferido por agentes contaminantes o impactos ambientales.

Y, en cuarto, *el derecho a proteger la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminación o perturbaciones ambientales provocadas por terceros*. Las implicancias de daños causados a la propiedad privada por contaminación o perturbaciones ambientales pueden, en ocasiones, ser muy graves.

³⁷Amaya Navas. Oscar. (Bogotá – 2001. P. 255.) Justicia Constitucional ambiental en Colombia. En: Justicia Ambiental. Universidad de Externado.

El derecho al ambiente sano se extiende a la protección de todas las dimensiones necesarias para el equilibrio del medio en el cual se desarrolla la vida, por lo tanto, incluye la vida humana, la animal, la vegetal, la de microorganismos y la regulación sobre los recursos que existen en la naturaleza y que permiten el desarrollo de la vida misma.³⁸

2.3.2. Derecho a la vida

No existe mayor discusión respecto a que la base para poder proteger cualquier derecho ambiental, está representada por la protección del derecho a la vida, siendo considerado un derecho absoluto y que desde su naturaleza de derecho fundamental, representa la obligación por parte del Estado a establecer un conjunto de normas que puedan regular posibles actividades contaminantes y las cuales, potencialmente, puedan perjudicar el derecho a la vida, siempre dentro de la política de la prevención ambiental. En una segunda esfera, realizar los esfuerzos para proteger a la persona y a la sociedad en aquellos momentos donde ciertas actividades contaminantes ya se encuentran vulnerando el derecho a la vida.

Toda actividad contaminante —sólo por mencionar— que descargue sus residuos sólidos o líquidos que previamente no fueron tratados bajo ningún sistema de calidad ambiental, y son evacuados al exterior: al río, al mar, bosque o ciertos parques, sin duda alguna representa una actividad contaminante que amenaza y vulnera el derecho a la vida. Por supuesto, muchos podrían expresar que estos daños serían evaluados o presentarían problemas en la salud durante el transcurrir de una buena cantidad de años, de alguna forma, siempre rehúyen a su responsabilidad ambiental, siendo que, en efecto, se estarían produciendo daños ambientales. Sólo hace falta que la acción contaminante —contaminación por producción industrial— represente una clara vulneración al derecho a la vida presente y futura.

³⁸Amaya Navas. Oscar. Ob. Cit. p. 256.

Sólo por nuestra condición de persona humana, tenemos las facultades para exigir que el Estado ejerza los mayores esfuerzos, a fin de que el ciudadano tenga una mejor calidad de vida y se pueda proteger estos derechos ambientales en los fueros administrativos y judiciales ante cualquier forma de contaminación, venga de quien venga.

2.3.3. Derecho a la salud

Tal vez el derecho a la salud representa la forma más directa y clara de afectación de este derecho fundamental por parte de diversas actividades contaminantes, sólo uno de los tantos casos: un comunero que alimenta a sus hijos con las truchas de una laguna contaminada por un relave minero o los incesantes y mortificantes ruidos de una fabrica en perjuicio de 15 familias, representan claros ejemplos de la forma en cómo se afecta el derecho a la salud, frente a las diversas actividades industriales.

Cuántas personas que sufrieron penosos tratamientos por enfermedades cancerígenas producidos por consumir agua contaminada o respirar aire contaminado —siendo innumerables las formas de contaminación— vieron afectados su pleno derecho al goce de una salud, pues estas personas son la más viva expresión del sufrimiento y desmedro de la salud humana, por las actividades contaminantes. ¿Un joven que respiró partículas de plomo, tendrá un normal desarrollo físico-psíquico?; o ¿una pareja de jubilados que duermen frente a una fábrica tendrán el descanso que merecen?

El derecho a la salud juega un rol fundamental en la protección del derecho ambiental, por cuanto sin tener instrumentos legales que brinden una adecuada protección a la salud ambiental individual y colectiva, no se podría establecer que el Estado proteja la integridad de la persona humana.

En los próximos capítulos podremos conocer algunos procesos judiciales que protegen el derecho a la salud ambiental como un tema central en la política ambiental nacional y al sistema de responsabilidad civil ambiental.

2.3.4. Derecho a la propiedad

El derecho de propiedad frente a los derechos ambientales no podría ser comprendido desde la visión romanística de los atributos clásicos del derecho de propiedad, por cuanto estos atributos dejan de ser absolutos cuando la titularidad de los derechos y bienes son ambientales.

Nos explicamos. La titularidad del derecho a un medio ambiente saludable es amplia y superior frente a los derechos individuales patrimoniales.

El ser propietario de un terreno donde se construye una fábrica en una zona residencial o dentro del área de una comunidad campesina, sin el cumplimiento de los planes ambientales exigidos por ley, representa el más claro ejemplo de cómo el derecho de propiedad viene siendo ejercitado con abuso, o que dentro de mis actividades industriales efectúa descargas de aguas residuales a los ríos o produce ruidos molestos frente a los vecinos.

El Código Civil regula la institución del ejercicio abusivo del derecho de propiedad, tanto en su Título Preliminar, en el artículo II —la teoría del abuso del derecho— y en el artículo 924, con lo cual el propietario tiene ciertos límites establecidos por la ley para que en ejercicio de su derecho de propiedad no vulnere el derecho de los vecinos y de la sociedad en su conjunto.

Algunos Estados han definido cuál debe de ser la «función ecológica de la propiedad», el Tribunal Constitucional Español, en sentencia del 26 de marzo de 1987, considera:

La constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege – ciertamente – como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la

colectividad, es decir, a la finalidad u utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esta llamada a cumplir³⁹.

La Constitución Política de Colombia de 1991 reafirmo la función social de la propiedad y señalo como aspecto esencial de la misma la función ecológica que debe de cumplir.

La corte constitucional de Colombia, en sentencia del 25 de marzo 1996, destaca la importancia de la Carta de 1991 le reconoce a la temática ambiental, a punto tal de signarle a la propiedad una función ecológica relacionada con la prevalencia del interés general en que el artículo 1° superior funda la organización republicana del estado, y recuerda que por expresa previsión de la Carta Política “ es deber del estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de esos fines.

La sentencia C – 126 de 1978 de la misma corte resalta:

El cambio de paradigma que subraye a la visión ecológica sostenida por la carta implica que la propiedad privada no puede ser comprendida como antaño. En efecto en el estado liberal clásico el derecho de propiedad es pensado como una relación individual por medio del cual una persona se apropia, por medio de su trabajo, de los objetos naturales, ahora bien en la época actual se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, la cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario no solo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aun no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible⁴⁰.

³⁹Muñoz Cabrera. Reynaldo. (Bogotá - 2008. pp. 80 - 81.) La función social y ecológica de la propiedad. En: Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente. Universidad de Externado.

⁴⁰Ibídem. p.82

2.4. El Estado y los recursos naturales en la Constitución

No cabe duda de que el otorgamiento de derechos sobre los recursos naturales constituye para el Perú, la principal fuente generadora de divisas y uno de los principales motores de la economía peruana. Sin embargo, paralelamente representa una fuente generadora de diversos conflictos ambientales, en diversas zonas del país, debido en gran parte, a la falta de información sobre las formas de acceso y aprovechamiento de los derechos sobre los recursos naturales⁴¹.

En muchas ocasiones, resulta difícil poder entender, en esencia, el contenido de la pertenencia o titularidad de los derechos sobre los recursos naturales, desde las nociones del mal llamado derecho de propiedad sobre los recursos naturales por parte de la comunidades campesinas o nativas, e incluso del mismo Estado, incurriendo en errores debido a que el estado tiene un dominio eminential sobre los recursos naturales, en virtud del cual se le permite ejercitar algunos de los atributos del derecho de propiedad, sin ser propietario debido a que los recursos naturales son Patrimonio de la Nación, cuya titularidad es de dominio público.

Los recursos naturales tradicionalmente se encuentran divididos en renovables y no renovables. La Ley General del Ambiente n.º 28611, en su artículo 84, considera como recursos naturales «a todos los componentes de la naturaleza, susceptibles de ser aprovechados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, conforme lo dispone la ley», guardando coherencia con los principios de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN) y el régimen constitucional.

⁴¹ Vidal Ramos. Roger. (Lima: 2010. P. 132 y ss.) Los recursos naturales y los derechos reales. En: Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil. Ed. Instituto Peruano de Derecho Civil.

El Tribunal Constitucional brinda importantes alcances sobre los recursos naturales en reiteradas sentencias.

Entre una de ellas tenemos:

STC n.º 0048-2004-PI. «Los recursos naturales pueden definirse como el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas, en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales; vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar».

Según lo expresado en los párrafos anteriores, se precisa que el Estado se encarga de promover la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y que los mismos son patrimonio exclusivo de la nación y que sólo se permite su aprovechamiento mediante mecanismos y procedimientos fijados por Ley Orgánica, con la finalidad de otorgar sus derechos sobre los frutos y productos a los que soliciten los derechos y/o concesiones respectivas.

Mediante las concesiones el Estado otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse, configurándose con ello un derecho real a favor del titular de la concesión.

La intervención del estado sobre los recursos naturales se manifiesta mediante sus organismos administrativos, se encarga de llevar a cabo las diferentes convocatorias para ofertar y permitir el acceso de los recursos naturales a las personas jurídicas o naturales, para lo cual se encuentran implementados los diferentes mecanismos legales fijados por leyes especiales, propios de la

naturaleza jurídica del recurso natural solicitado.

Es así que la Ley General del Ambiente⁴² impone que el Estado promueve la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales a través de políticas, normas, instrumentos y acciones de desarrollo, así como, mediante el otorgamiento de derechos, conforme a los límites y principios expresados por Ley y en las demás leyes y normas reglamentarias aplicables.

La figura más conocida se representa en la Concesión, mediante la cual el Estado, a su discreción, otorga a los particulares determinados derechos, para que puedan ejercer ciertas actividades tendientes al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, previo cumplimiento de trámites y procedimientos preestablecidos y sujetos a la observación de ciertas reglas y al cumplimiento de condiciones resolutivas, tendientes a la conservación y preservación de los recursos naturales y a impedir la desnaturalización de su destino y del fin que determinó su afectación.⁴³

La regulación que ejercer el estado sobre los recursos naturales, constituye un pilar fundamental en la prevención que pueda existir entre posibles actividades contaminantes y como un sistema de prevención de los conflictos socio ambientales, por cuando al otorgar una concesión sobre cualquier recurso natural es requisito *sine qua non* presentar el Estudio de Impacto Ambiental que según la competencia ministerial tiene sus propias características y exigencias para otorgar una concesión definitiva.

Consideramos que los principales conflictos ambientales, se ocasiona en la explotación de minerales e hidrocarburos, siendo la fuente de diversas posibles actividades contaminantes, por conflictos de acceso a las tierras comunales o a las fuentes de agua, si el Estado no ejerce con firmeza y responsabilidad su rol de ente fiscalizador y sancionador, de toda forma de incumplimiento de

⁴² Artículo 85 Ley General del Ambiente n.º 28611.

⁴³Hundskopf Exebio Oswaldo. (Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 920.)«Recursos naturales». En *La Constitución comentada*.

actividades contaminantes, de poco servirá el marco constitucional de protección al medio ambiente y los derechos ambientales individuales y colectivos.

2.5. Medio Ambiente y desarrollo económico

Durante el 2007, el Perú se mantuvo como principal productor de plata del mundo y subió al segundo lugar en el ranking de productores de cobre y zinc, desplazando a Estados Unidos y Australia⁴⁴.

La producción de plata en el 2007 fue de 109 millones 312 mil onzas finas en el país, mientras que el segundo y tercer lugar fueron ocupados por México y China, con 96 millones 452 mil y 86 millones 807 mil onzas finas, respectivamente.

Durante el 2007, la demanda de plata en el mundo se incrementó en 1.51 por ciento con respecto a años anteriores, por las aplicaciones industriales que tiene este mineral en la fabricación de impresoras a color debido a su alto nivel de pureza.

Asimismo, el Perú se ubicó en el segundo lugar en producción de cobre, con un total de 1,200 toneladas métricas finas, desplazando a Estados Unidos, que obtuvo dicha posición durante el 2006, con una producción de 1,190 TMF. Chile se mantiene en el primer lugar con 5,700 TM.

No obstante, con el inicio de operaciones de proyectos mineros como Toromocho (190 mil TMF), Quellaveco (200 mil TMF), Las Bambas (250 mil TMF) y Tía María (90 mil TMF), la producción minera nacional se verá incrementada en 71 por ciento (1,190 mil TMF) con respecto al total producido

⁴⁴Fuente: respectivamente, según el Servicio Geológico de Estados Unidos (USGS), informó hoy el Ministerio de Energía y Minas (MEM).

en el 2007, consolidando así el segundo puesto mundial sobre los Estados Unidos.

Entre otros resultados durante el 2007, el Perú se encuentra en tercer lugar en la producción de estaño, bismuto y telurio a nivel mundial, y primer lugar en Latinoamérica. Está en cuarto lugar en plomo, siendo primero en Latinoamérica; en octavo lugar en indio y selenio, y décimo lugar en hierro.

Con respecto al nivel de inversiones en exploración, los resultados presentados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) muestran claramente que el Perú ha registrado un incremento promedio anual entre los años 2003 y 2007 de 40 por ciento, ubicándonos en este último año, en el segundo país como destino atractivo, de inversiones en exploración minera, en Latinoamérica.

Sin duda alguna, las cifras de inversión en la Minería, representa los mejores logros de la política económica peruana, sin embargo qué relación existe entre beneficios y conflictos, entre la Minería, el medio ambiente y las poblaciones afectadas.

La minería genera efectos positivos y negativos, la actividad minera en el Perú presenta diversos conflictos ambientales entre los cuales, un factor importante es el tratamiento y aprovechamiento del agua, tanto el sector minero como las comunidades necesitan del agua para el desarrollo de sus actividades, muchos son los desencuentros de intereses entre estos dos sectores, ambos sectores tiene posiciones divergentes desde uso del 80% del agua de sector agrícola y el uso de 2% del sector minero, y es necesario resaltar que toda actividad minera produce cambios en las cuencas hídricas modificando toda forma de vida de las poblaciones y la intensificación de la concesión minera a gran escala, sin duda son muchos los problemas analizar, en las siguientes líneas

brindaremos enfoques generales de algunos de los problemas generados en la actividad minera y su relación con el agua⁴⁵.

Otro, de los problemas generados por la minería, viene hacer el acceso a las tierras de la comunidades campesinas, siendo un proceso largo sujeto a sistema de acceso por concesiones y en algunas oportunidades con acuerdo de las comunidades campesinas se puede obtener la compra de las tierras comunales, sin lugar a duda tanto la inversión con los conflictos son dos variables que no pueden dejarse de lado al momento de analizar la responsabilidad civil ambiental de los sectores públicos y privados.

⁴⁵El insumo más importante para la actividad minera es el agua, recurso que es vital tanto para la actividad minera como para el desarrollo agrícola y ganadero de las comunidades campesinas donde curiosamente se encuentren los más importantes proyectos mineros, la gran importancia que tiene el recurso hídrico y su carácter de vital e indispensable cobra mayor vigencia por la necesidad del uso racional y estratégico, pero a la vez su ineficiente tratamiento es la causa de desencuentros y fuerte conflictos ambientales entre la minería y las comunidades campesinas, en forma breve analizaremos algunos de ellos para poder brindar reflexiones y posibles propuestas de establecer mecanismos de dialogo.

Capítulo III

Responsabilidad Civil y Daño Ambiental

3.1. El abuso del derecho

El abuso del derecho es un principio general del derecho que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo.

En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva).⁴⁶

Según Rubio, el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas

⁴⁶ Espinoza Espinoza, Juan (2002, tomo I, p. 49). "Ejercicio abusivo del derecho". En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.

expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica.⁴⁷

El artículo II del Título Preliminar del Código Civil establece las consecuencias del abuso del derecho. En primer lugar, el abuso del derecho no es amparado por la ley. Evidentemente que aquí el legislador se refiere no a las leyes formales, sino al sistema jurídico, en general. Es decir, que la norma equivale a decir que en el Derecho, el abuso de los derechos no resulta amparado. Es así, una norma que trasciende el campo civil para regular a todo el sistema jurídico.⁴⁸

El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar el abuso, es decir, que la protección es extendida aun para una situación potencial de abuso. El interesado puede exigir la paralización cuando el abuso se está produciendo y que deba cesar y, por último, el interesado puede solicitar una indemnización lo que hace alusión a un daño producido, siendo equivalente al artículo 1969 sobre la atribución de quien causa un daño bajo la responsabilidad civil extracontractual.

Se puede calificar una acción de abusiva, cuando el daño es causado a intereses de otros sujetos o intereses colectivos (a cuya tutela y promoción apuntan las directrices) resulte “excesivo” o “anormal”, la acción deja de estar dentro del alcance justificado del principio de autonomía. No se trata aquí de qué razones de directriz vengan a prevalecer sobre razones de principio, sino tan sólo de que la determinación del alcance justificado del principio de autonomía no puede tratarse de manera enteramente insensible al daño causado a intereses de otros o a intereses colectivos (pues, en tal caso sería imposible una sociedad mínimamente equitativa en el trato dispensado a los intereses de sus diversos integrantes y tal exigencia parece ser, sin duda, un

⁴⁷ Rubio Correa, Marcial (1988, pp. 22 y ss.). “Abuso del derecho”. En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁴⁸ Rubio Correa, Marcial (1988, p. 31). *Ob. cit.*

principio en sentido estricto.⁴⁹

El sujeto de derecho en uso de su libertad individual está en la facultad de renunciar al derecho o de destruirlo, pero a la vez el ordenamiento jurídico exige que el ejercicio regular de un derecho no cause daños a terceros.

En tal sentido, De Cupis afirma que el ordenamiento jurídico exige la existencia real de utilidad, del interés, como puede deducirse del examen de algunas importantes normas, como el artículo 833 del Código Civil que prohíbe al propietario causar emulación —*animus* dirigido a causar daño— que circunscribe el derecho de propiedad de lo que está sobre el suelo y del subsuelo, hasta la altura y profundidad en que se afecta el interés público, y acota que existe un *principio de solidaridad* entre los sujetos de relación jurídica, que constriñe a comportarse según las reglas de la corrección, este principio de solidaridad constituye un posterior e importante límite al ejercicio del derecho.⁵⁰

Según Ferrando, el abuso del derecho se encuentra en la frontera entre lo lícito y lo ilícito. Constituye lo que la doctrina denomina el ejercicio antisocial del derecho y se produce cuando el titular del derecho elige la forma más gravosa de ejercerlo.⁵¹

En este orden de ideas, si una empresa que fabrica cartones, incrementa los ruidos cuando amplió su producción, sin haber mejorado o adecuado su actividad a los límites máximos permisibles fijados por ley ambiental o dejar de haber declarado el incremento de su actividad contaminante ante el Ministerio de la Producción, no cabe duda de que esta empresa estaría ejerciendo un abuso del derecho, por cuanto de lo lícito en un momento pasa a lo ilícito en otro momento, siendo que se le autorizó para que su fábrica funcione bajo un

⁴⁹ Atienza Manuel y Juan Ruiz (2000, p. 56). Sobre el abuso del derecho y fraude a la ley. Madrid: Editorial Trotta.

⁵⁰ De Cupis, Adrián, Ob. Cit. p. 105.

⁵¹ Ferrando, Enrique (2000, p. 24). *Responsabilidad civil por Daño Ambiental*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

límite máximo permisible y que al incrementar la producción de cartón, tiene dos obligaciones: declarar esto a la autoridad ambiental, y segundo, mejorar su límite máximo permisible. Estas actividades perjudican a la sociedad y al Estado, por cuanto, no se cumple la normativa ambiental establecida.

Cabe precisar que la institución que condena el abuso del derecho es autónoma y no depende, por consiguiente, de la aplicación previa o concurrente de los sistemas de responsabilidad civil extracontractual. La sola existencia de un abuso del derecho, sea que tal acción que puede tener el doble propósito de detener el ejercicio abusivo a consecuencia del mismo.⁵²

Los bienes ambientales son de disfrute colectivo, por lo tanto, la doctrina del abuso del derecho puede tutelar cualquier daño o vulneración frente a los intereses sociales-ambientales. La teoría del abuso del derecho como principio general del derecho⁵³ permite a que cualquier persona o grupo, pueda demandar una indemnización u pretensión, solicitando las medidas cautelares apropiados para prevenir o suprimir los posibles daños ambientales a ocurrir en contra del interés general de protección del medio ambiente y sus componentes.

El abuso del derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia.

Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar.⁵⁴

Siendo, pues, que las actividades industriales hoy en día representan fuentes

⁵² Ferrando, Enrique (2000, p. 25). *Ibidem*.

⁵³ Código Civil Peruano: Título Preliminar: Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

⁵⁴ Espinoza Espinoza, Juan (2002, p. 123). *Ob. cit.*

potenciales de contaminación en los derechos patrimoniales y no patrimoniales de los sujetos de derecho y de la sociedad, es importante destacar la aplicación de la teoría del abuso de derecho en el extremo, que de producirse una actividad industrial que cause ruidos, molestias u olores nauseabundos, se estaría produciendo una conducta abusiva del derecho, y contraviniendo el ordenamiento jurídico, por lo cual, cualquier juez a solicitud de cualquier parte procesal, tendrá que tomar las medidas de prevención a que se produzca o siga prolongando el daño ambiental, siendo factible que ante la interposición de una medida cautelar de no innovar pueda prestar la mayor rapidez a esta solicitud, con lo cual la administración de justicia estaría cumpliendo un rol fundamental frente a los daños ambientales y la aplicación correcta ante hechos donde exista un ejercicio abusivo del derecho.

Sólo a manera de antecedente en el derogado Código de Medio Ambiente y los Recursos Naturales, derogado por la Ley General del Ambiente, en su artículo 141 prescribía:

En las acciones de abuso de derecho que sean interpuestas al amparo del artículo 2 del Título Preliminar del Código Civil y se refieran a la tutela de derechos de naturaleza ambiental, las medidas preventivas dictadas para evitar o suprimir el abuso sólo podrán ser apelables en efecto devolutivo.

3.1.1. Ejercicio abusivo del derecho de propiedad

El Código Civil define la propiedad por su contenido jurídico, como “El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley” (artículo 923 del Código Civil). La propiedad es el derecho civil patrimonial más importante, el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia. En segundo punto, será la materia de análisis del presente trabajo, en primer lugar, la propiedad es un poder jurídico pleno sobre un bien,

el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: *usar, disfrutar disponer y reivindicar*.

El ejercicio del derecho de propiedad de cualquier sujeto de derecho se encuentra regulado por su amplia libertad de efectuar en su dominio, cualesquiera que sean los cambios, construir, destruir, hipotecar, arrendar o simplemente destinar su propiedad a los fines comerciales que considere convenientes para su interés económico, pero siendo un límite del derecho de propiedad los ejercicios abusivos del mismo.

El Código Civil peruano, en el artículo 924, prescribe que “Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados”. Con lo cual, el propietario tiene ciertos límites establecidos por la ley para que en ejercicio de su derecho de propiedad no vulnere el derecho de los vecinos y de la sociedad en su conjunto.

En materia ambiental, la tesis de los problemas de vecindades ha operado con ocasión de los daños debidos a la afectación que sufren los inmuebles de personas que se encuentran próximas a fábricas o industrias, o incluso cuando se trata de vecinos a instalaciones aeroportuarias.

Se reduce, pues, el análisis, no a la cualificación del daño ecológico como tal, sino a la determinación del menoscabo que puede representar para la propiedad de un determinado sujeto, la sucesión de efectos nocivos (así el juzgado, en eventos en los que vertidos de aguas residuales o contaminantes afectan la destinación de ciertos bienes a recreo o turismo). Sin embargo, el primer problema al que se enfrentó la aplicación de dicha tesis se relacionó con la necesidad de limitarla a aquellos eventos en los que realmente se producía un nivel de contaminación que fuera suficiente para menoscabar la propiedad

(o sus bienes) o la salud de los vecinos.⁵⁵

A consideración de los profesores Atienza y Ruiz, manifiestan que el derecho de propiedad representa que existe un deber de no interferencia, respecto a no ser interferido en el uso y disfrute de la cosa, así como en el uso de las libertades y poderes normativos sobre la propiedad y el deber del respeto a las libertades, como, por ejemplo, el de usar la cosa, de percibir sus frutos, de edificar sobre el terreno, cuyo correlativo es el no derecho de los demás a exigir al propietario que realice o se abstenga de realizar dichas conductas.⁵⁶

El derecho de propiedad frente a los derechos ambientales no podría ser comprendido desde la visión romanística de los atributos clásicos del derecho de propiedad, por cuanto estos atributos dejan de ser absolutos cuando la titularidad de los derechos y bienes son ambientales.

Nos explicamos.

La titularidad del derecho a un medio ambiente saludable es amplia y superior frente a los derechos individuales patrimoniales, por cuanto desde su protección constitucional tiene una tutela individual y colectiva.

El ser propietario de un terreno, donde se construye una fábrica en una zona residencial o dentro del área de una comunidad campesina, sin el cumplimiento de los planes ambientales exigidos por ley, representa el más claro ejemplo de cómo el derecho de propiedad viene siendo ejercitado con abuso, o que dentro de mis actividades industriales efectúe descargas de aguas residuales a los ríos o produce ruidos molestos frente a los vecinos.

Los avances tecnológicos, el incremento de las actividades de extracción de recursos naturales, las construcciones de edificios, viviendas, carreteras,

⁵⁵ Briceño, Mauricio (2008, p. 115). "Planteamiento de la responsabilidad por daños ecológicos". En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá Universidad Externado de Colombia.

⁵⁶ Atienza, Manuel y Juan Ruiz (p. 47). *Ob. cit.*

hidroeléctricas y diversos proyectos de infraestructura, siempre a lo largo del desarrollo de sus actividades, podrían ejercer formas de un ejercicio abusivo del derecho de propiedad, al momento de que pueda vulnerar derechos patrimoniales de sus vecinos, privándolos del derecho de tranquilidad, goce efectivo de la vivienda, desvalorización de los precios de las propiedades por colindar con fábricas, desvío de los cauces de los ríos en las hidroeléctricas, problemas con las comunidades campesinas y nativas por las servidumbres que se obligan a prestar a ductos (gas o petróleo) o a concesiones mineras, que atravesarán sus tierras, o el incremento de ruidos en perjuicio de los vecinos, son algunos actos factibles, de los que se pueden solicitar la paralización del ejercicio abusivo del derecho de propiedad.

3.2. La responsabilidad civil ambiental subjetiva

Que, según el Código Civil peruano, el fundamento de este sistema es la culpa y ésta constituye el elemento esencial y distintivo del sistema subjetivo y el presupuesto necesario del deber de indemnizar. El artículo 1969 del Código Civil prescribe “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Todo sistema de responsabilidad civil pretende dar respuesta jurídica al afán de determinar quién debe soportar el peso económico de un daño. El sistema subjetivo responde a esta interrogante estableciendo que el peso económico del daño debe ser soportado por el culpable. Por consiguiente, si el culpable es la propia víctima o damnificado, no tendrá derecho de reparación. Igual regla se aplicará si no hay culpable, pues en este caso será la propia adversidad la que asigne el peso económico del daño a quien lo padece.

No existe ninguna razón para suponer que el sistema subjetivo de la responsabilidad extracontractual no se aplica a la responsabilidad civil ambiental.

Siendo característica fundamental del sistema subjetivo la antijuridicidad, vale decir, la existencia de una conducta contraria a derecho, se aplicará este sistema a los casos de daños ambientales siempre que la conducta del agente sea antijurídica.

Como puede apreciarse, la pretendida justicia que constituye la base conceptual del sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual, está circunscrita a la situación del agente. En efecto, este sistema considera justo que el agente responda por los daños que ha causado, siempre que haya actuado con dolo o culpa y, por lo tanto, considera injusto que responda por tales daños si actuó con la diligencia debida. Al sistema subjetivo le es irrelevante determinar que es justo o injusto para la víctima.⁵⁷

El sistema subjetivo de la responsabilidad civil extracontractual no toma para nada en cuenta las nuevas condiciones de la sociedad moderna, ignora que los avances tecnológicos y el crecimiento de la demanda han incrementado considerablemente la capacidad del hombre de modificar el medio ambiente y, por consiguiente, de dañarlo.

En ese contexto, es el potencial agente que tiene a su alcance los mecanismos económicos y sociales para prevenir la producción de daños y distribuir socialmente el costo de aquéllos inevitables. Es el agente quien puede contratar un seguro de responsabilidad para colocarlo en posición de afrontar a un bajo costo su responsabilidad por daños, y es el agente quien puede, a través del sistema de precios, distribuir entre los consumidores de sus productos o servicios el costo de los daños que irroga con su actividad.

Respecto del manejo de bienes típicamente riesgosos o el desarrollo de actividades típicamente riesgosas o peligrosas, es el agente quien tiene la obligación ética y moral de usar tecnología a su alcance para prevenir los daños posibles derivados de sus bienes o actividad. Y es, finalmente, el agente el que obtiene los beneficios de su actividad riesgosa, a costa de someter a la

⁵⁷ Ferrando. Enrique (p. 12). *Ob. cit.*

sociedad a la necesidad de tolerar los riesgos y peligros intrínsecos y soportar los daños producidos.⁵⁸

Ninguno de los mecanismos de prevención o distribución social del riesgo se encuentran al alcance de la potencial víctima. Ella no es la dueña del negocio potencialmente riesgoso, ni tiene injerencia en su manejo económico y tecnológico. Ella no podría contratar un seguro eficiente para protegerla de los potenciales daños de las diversas actividades riesgosas o peligrosas. Ella no maneja tampoco los precios de los productos o servicios producidos por la actividad riesgosa o peligrosa y, a menos que sea consumidora de esos bienes o servicios, no se beneficia tampoco con ellos.

3.3. La responsabilidad civil ambiental objetiva

La responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño, en otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos.⁵⁹

La teoría del riesgo es incorporada al Código Civil en el artículo 1970, según el cual “aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

En opinión de Lizardo Taboada,⁶⁰ el sistema objetivo de responsabilidad, está construido sobre la base de la noción del *riesgo creado* que constituye el factor objetivo de atribución de responsabilidad.

⁵⁸ *Ibidem* (p. 13).

⁵⁹ De Trazegnies Granda, Fernando (2003, vol. IV, tomo I, p. 47). “La responsabilidad extracontractual”. En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 7.^a Ed.

⁶⁰ Taboada Córdova. Lizardo (2003, pp. 98-99). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Ed. Grijley.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por riesgo creado? La mejor manera de responder esta interrogante es planteando la siguiente reflexión: como todos sabemos, en nuestros días, en la mayor parte de sociedades y Estados, los seres humanos vivimos en relación con productos elaborados, maquinarias, tecnología, artefactos e instrumentos, actividades industriales y comerciales en gran escala. Cada vez son más los instrumentos, equipos y artefactos tecnológicos que invaden nuestra vida diaria. Pues bien, para nadie es novedad que gran parte de esta tecnología moderna y de productos, implican muchos riesgos para la salud y la seguridad de los consumidores, incrementando las posibilidades de daños causados en la realidad peruana.

El significado de la noción de riesgo creado se refiere a todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para la satisfacción de las diferentes necesidades existentes, suponen un riesgo ordinario o común para las personas.

Sin embargo, existen también —y cada vez en mayor número— bienes y actividades que significan un riesgo adicional al ordinario, tales como los automotores, los artefactos eléctricos, las cocinas a gas, ascensores, los diferentes tipos de armas de fuego, escaleras eléctricas, los insecticidas, productos químicos para la limpieza, los medicamentos, los productos enlatados, las actividades industriales.

Para este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño causado, la relación de causalidad, así como que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común. Es por eso que merecen la calificación de *riesgosos*.⁶¹

La teoría del riesgo proviene de la teoría objetiva de la responsabilidad civil extracontractual, pero con la presencia de ciertos elementos subjetivos. El fundamento principal de la teoría del riesgo es de equidad: quien introduce un

⁶¹ Taboada Córdova, Lizardo (p. 100). *Ob. cit.*

riesgo de daño o se vale de él, lo hace con conocimiento de causa y a sabiendas de la peligrosidad del bien o actividad en cuestión, por lo cual es justo que también soporte el costo económico de los daños cuyo riesgo o peligro él mismo ha creado.

En teoría, para poder decir que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente tiene un carácter objetivo, debe probarse que se refiere a los daños producidos por aquellas actividades que conlleven un riesgo o, más genéricamente, por aquellas actividades cuyas características imponen que los daños por ellas producidos sean imputados sobre la base de una idea de justicia social.

3.4. Los daños intolerables

Sin duda alguna, el distinguido profesor Fernando de Trazegnies fue uno de los primeros (si es que no fue el primero) entre los juristas peruanos, en brindar algunas nociones de los daños y la contaminación, dentro de su importante tratado de la responsabilidad civil extracontractual.

El proyecto de la Comisión Reformadora contenía un artículo referente a los daños derivados del incumplimiento de las normas legales que involucren un efecto de contaminación ambiental o que, en general, sean socialmente intolerables.

Este artículo fue suprimido por la Comisión Revisora, por considerar que la categoría de “daños intolerables” no tenía justificación doctrinaria.⁶²

Estamos seguros de que la realidad supera al Derecho en décadas posteriores.

Debido al auge de la minería y la inversión en explotación de los recursos

⁶² De Trazegnies Granda, Fernando (2003, vol. IV, tomo II, p. 327). “La responsabilidad extracontractual”. En Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 7.^a Ed.

naturales en el país, las condiciones económicas, sociales y los conflictos ambientales, exigirían que se legisle sobre la responsabilidad por daños ambientales en el Código de Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990 y con la vigente Ley General del Ambiente del 2005, normas en las cuales se establecía sanciones a los agentes contaminantes.

La sociedad pretende siempre la erradicación del riesgo en cada caso individual (conductor negligente o imperito será sancionado); pero tolera ciertos riesgos en forma genérica (permite que circulen automóviles sabiendo que habrán siempre conductores imperitos o negligentes). Sin embargo, hay riesgos que no tolera en forma individual ni en forma genérica (jugar fútbol con bombas atómicas, conducir a velocidades superiores al reglamento, arrojar sustancias contaminantes al río, etc.).

Si bien es claro que los daños por contaminación deben ser considerados socialmente intolerables si se cometen intencionalmente o con culpa inexcusable, o mediando infracción de las normas legales y reglamentarias correspondientes, o abuso del derecho, o violan los derechos de la personalidad como cualquier otro daño causado en esas circunstancias, pensamos que pueden también constituir *per se* una categoría independiente de daños socialmente intolerables.⁶³

De Trazegnies ya en los ochenta manifestaba la importancia de brindar un tratamiento jurídico a los daños ambientales, ya que, de alguna manera, depende del control de estos daños el futuro del hombre sobre la tierra.

El mundo contemporáneo utiliza más intensamente y más eficazmente los recursos naturales; y ello ha dado lugar a una vida con más satisfacciones. Pero, también es cierto que tal utilización ocasiona como subproducto un deterioro de las condiciones ambientales de vida; y que si ese deterioro no es controlado, se producirá a largo plazo —en algunos aspectos a mediano plazo, en otros a corto y en algunos ya se viene produciendo— un efecto

⁶³ De Trazegnies Granda. Fernando (p. 335). *Ob. cit.*

degenerativo de las condiciones de vida que puede llevar al mundo de la abundancia a situaciones aun peores que la escasez.⁶⁴

No hay duda de que nuestra sociedad no pretende —ni puede pretender cuerdamente— preservar una pureza ambiental y paisajista prístina y absoluta a cualquier costo.

Por este motivo, no todo daño ambiental es antisocial, sino solamente aquél que la sociedad considere excesivo para su grado de conciencia del peligro.⁶⁵

La línea divisoria es, evidentemente, difícil de trazar. En algunos casos, será la ley misma quien señale aquello que la sociedad no está dispuesta a tolerar, prohibiendo directamente ciertas actividades o exigiendo su realización bajo ciertas condiciones —limite lo que conlleve a que en estos casos la contaminación sea intolerable; es decir, aquélla que excede o no cumple los parámetros establecidos por la norma legal, sea una subcategoría de los daños cometidos con infracción a una norma legal—.

Si efectuamos una breve consulta sobre los beneficios de la actividad minera en el Perú, por cierto, serían muchas las bondades que se podrían manifestar como la generación de empleos, impuestos y diversas actividades económicas paralelas, pero si analizamos los perjuicios, tendríamos como ejemplo la disminución de los recursos naturales, el agotamiento de las fuentes de agua, la generación de diversos conflictos ambientales. En buena cuenta, la sociedad acepta ciertos riesgos que se podrían ocasionar dentro del desarrollo de la actividad minera, a fin de obtener un mayor beneficio.

La sociedad y el Estado sí están dispuestas a asumir ciertos riesgos, que servirán de beneficio económico a la sociedad, pero, a la vez, exige que la explotación de recursos naturales se realice bajo el cumplimiento diligente de específicas normas ambientales contenidas en los instrumentos de gestión

⁶⁴ De Trazegnies Granda, Fernando (p. 336).

⁶⁵ *Ibidem* (p. 338).

ambiental, tales como el Estudio de Impacto Ambiental,⁶⁶ el Plan de Cierre de Minas, el Plan de Post cierre de Minas, el tratamiento de los pasivos ambientales, entre otros, que servirán de límites y garantía de un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

3.5. Elementos de la responsabilidad ambiental

3.5.1. La ilicitud o antijuridicidad

En materia civil resulta determinante establecer la real necesidad de la configuración de este elemento, dado que según el artículo 1971 del Código Civil, la ausencia de conducta antijurídica determina también la ausencia de la obligación de reparación o resarcimiento. De ahí que sea necesario establecer el que la conducta antijurídica tiene que tener un carácter ilícito; esto es, que la conducta sea ilegal o contravenga el ordenamiento jurídico o sea una conducta con un ejercicio abusivo del derecho.

Cuando se trata de conductas prohibidas o no permitidas, expresa o tácitamente por las normas jurídicas, estamos ante la antijuridicidad típica. Esto equivale a decir que sólo hay responsabilidad cuando el sujeto causante del daño actuó abiertamente en contra de las reglas establecidas por el derecho positivo.

Así, por ejemplo, provocó daños al ambiente mediante una actividad sin contar con licencia, autorización o permiso respectivos (actividades clandestinas) o realizó tal actividad con infracción de las normas que regulan el ejercicio de la misma (llevando a cabo actividades prohibidas como el vertimiento de desechos industriales en lugares no autorizados; excediendo los límites máximos permisibles, sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental

⁶⁶ Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

aprobado o violado sus alcances, etc.).⁶⁷

El acto ilícito consiste en una infracción de la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable, en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio.

Podríamos dividir a los actos ilícitos propiamente dichos y actos ilícitos potenciales. Hay actos cuya ilicitud se configura porque el hecho en sí mismo es contrario a la ley y causa daño a otro, ya sea porque el agente actúe con culpa, con dolo o ejerciendo antifuncionalmente sus derechos, o porque el uso que de la cosa se hace, viola los límites de la normal tolerancia entre vecinos.

Siendo así que una actividad contaminante por humos o ruidos sin respetar los límites máximos permitidos, constituirían actos ilícitos en los que tendría culpa el agente, ya que podrían ser generados por personas naturales o industrias que por sus actividades contaminantes y en ejercicio de su actividad, estarían cometiendo actos ilícitos en contravención de los derechos ambientales.

La *conducta humana contaminante o de degradación del medio ambiente*, puede ser voluntaria o involuntaria, dolosa o culposa, que puede ser realizada por el sujeto que actúa por sí o por encargo de otro, ya sea persona física o jurídica, que cause la afectación del ambiente con detrimento para un grupo de personas (por ejemplo, vecinos de una ciudad). Puede ser una actividad que constituye de por sí una actividad contraria al derecho, es decir, antijurídica. Resulta, inclusive, atentatoria del texto constitucional que dice que es un derecho gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y ya que existe el derecho a un medio ambiente sano —un bien de incidencia colectiva, pero también individual— es obvio que la ilicitud surge por sí sola de manera circunstancial ante la violación de ese bien.⁶⁸

⁶⁷ Andaluz Westreicher, Carlos (2006, p. 599). *Manual de derecho ambiental*. Lima: PROTERRA.

⁶⁸ Vidal Ramos, Roger (2009, p. 208). “La responsabilidad civil ambiental: alcances y perspectivas”. En *Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.

El hecho contaminante o degradante del ambiente puede ser individual o colectivo, tanto desde un punto de vista del sujeto o sujetos activos que producen por acción u omisión el daño ambiental, como por parte del o los sujetos pasivos, quienes sufren las consecuencias del mismo.

De esta manera, el daño ambiental puede ser producido por un único sujeto (físico o jurídico), o bien por una pluralidad de sujetos, siendo por lo general de difícil determinación el grado de responsabilidad de cada uno de ellos dentro del hecho dañoso. A la vez, el daño ambiental, además de afectar los ecosistemas y la biodiversidad, en muchas ocasiones, afecta o perjudica a una pluralidad de sujetos, los cuales pueden ser de fácil o difícil individualización, dependiendo del tipo y gravedad del daño acontecido.

Sucede que en la mayoría de los casos, la comunidad como un todo, es la afectada, asistiéndole, por tanto, a todos y cada uno de los sujetos de la misma, legitimación activa por violación a un interés de naturaleza difusa.

La conducta dañosa del medio ambiente puede devenir de sujetos particulares o privados como del Estado y sus instituciones, llámese administración centralizada y descentralizada.

La conducta dañosa del Estado puede ser tanto activa como omisiva. De manera activa, cuando por medio de sus funcionarios o servidores, obrando lícita o ilícitamente, en cumplimiento o no de planes debidamente aprobados, causa daño al equilibrio ambiental; y omisiva, cuando, por medio de sus instituciones y funcionarios omite controlar, vigilar, monitorear y sancionar las actividades de los particulares que degradan o contaminan los elementos constitutivos del ambiente.

En tal sentido, si el ejercicio de un derecho conforme a las normas vigentes, como la minería, por ejemplo, que cuenta con el respectivo derecho de

concesión, EIA o PAMA⁶⁹ aprobado, tiene licencias y no ha excedido de los límites máximos permisibles establecidos por las normas, pero que al fin y al cabo, provoca daños ambientales tangibles, es pasible o no de responsabilidad.

Si tal sujeto actuó conforme a lo que el Derecho exige, debemos concluir según lo expuesto, que su conducta no es antijurídica y, por lo tanto, no debe exigírsele reparación o resarcimiento. ¿Qué sucede entonces con la víctima? ¿Qué sucede con la naturaleza dañada? ¿Debemos asumir acaso que no se trata de un daño injusto? ¿Es acaso un daño tolerable?⁷⁰

Tratándose de un sistema objetivo de responsabilidad extracontractual, sustentado en el riesgo creado y en el riesgo provecho, la ausencia de antijuridicidad no debería ser liberatoria de responsabilidad. Más aún para aquellas actividades que el ordenamiento jurídico exige; un EIA o un PAMA, ya que si se exige tales instrumentos, es porque, *a priori*, se prevé serios riesgos; si producir tales riesgos genera un provecho económico a su autor, entonces es justo que corra con los costos de prevenir y/o resarcir los posibles daños que su actividad provoque.⁷¹

Con el avance de la tecnología menos contaminante o cada vez más limpia los riesgos ambientales, son previsibles si una fundición de diversos minerales coloca dispositivos o una mejor tecnología en las chimeneas de sus fábricas se estaría reduciendo el porcentaje de contaminación del aire del lugar donde opera la fábrica.

3.5.2. El daño ambiental

Daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable. Las fuerzas de la naturaleza, actuadas

⁶⁹ Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA).

⁷⁰ Andaluz, Carlos (p. 600). *Ob. cit.*

⁷¹ *Ibidem*.

por el hombre, a la par pueden crear o incrementar una situación favorable, pueden también destruirla o limitarla. El concepto de daño se presenta, bajo este aspecto, sumamente amplio, ya que de hecho ninguna limitación ofrece el lenguaje ordinario en cuanto al número de lesiones o perjuicios que puedan aplicarse la denominación daños.⁷²

El daño viene a ser el menoscabo que como consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

A decir de Mosset Iturraspe, el daño ambiental no es un daño común —si puede usarse esta expresión para aludir a perjuicios cuya realidad es fácilmente comprobable—, daño actual o daño futuro cierto. En este sentido, Mosset Iturraspe concuerda con nuestro planteamiento al indicar que en los daños ambientales el bien jurídico encaja difícilmente en las clasificaciones tradicionales: daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o incierto, daño actual o futuro y daño personal o daño ajeno.⁷³

El daño ambiental es sutil y recae en la esfera de la incertidumbre; los tribunales americanos han opinado que “las cuestiones que envuelven al ambiente están particularmente inclinadas por su natural tendencia a la incertidumbre, el hombre de la era tecnológica ha alterado su mundo en direcciones nunca antes experimentadas anticipadas, los efectos en la salud de tales alteraciones son generalmente desconocidos y algunas veces imposible de conocer”.

Según Fraga,⁷⁴ “en una agresión ambiental suelen producirse dos daños de

⁷² De Cupis, Adriano (1975, p. 81). *El daño, teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch.

⁷³ Mosset Iturraspe, Jorge (1999, tomo I, pp. 72-73). *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

⁷⁴ Fraga, Jordano (julio-septiembre 2000, p. 351). “Responsabilidad civil por daño al medio ambiente en derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*”. *Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid, n.º107.

naturaleza bien distinta. Por un lado, se producen daños en los bienes privados o en las personas y, de otro lado, se producen daños al medio ambiente en sí mismo, al bien jurídico medio ambiente. Éstos son los que podemos denominar daños públicos ambientales o daños ambientales autónomos”.

Pero, los daños ambientales para los sujetos no sólo han de entenderse como la sola posibilidad de alterar negativamente la salud pública, sino como la afectación de las condiciones que hacen posible la existencia, conservación y mejora de otros intereses como la salud individual, la vida en el planeta, el patrimonio, el desarrollo de la personalidad, el ocio.⁷⁵

Las características que debe cumplir todo daño para generar responsabilidad son: a) que sea un daño cierto; y b) que afecte a una víctima concreta.

La Ley General del Ambiente,⁷⁶ denomina daño ambiental a todo aquel menoscabo material que sufre el ambiente o sus componentes (aire, flora, fauna) y que es causado contraviniendo las leyes ambientales o no, y que siempre genera efectos negativos actuales o potenciales, en perjuicio de la sociedad.

3.5.3. Nexo causal

Toda relación de responsabilidad civil implica que una determinada persona (la víctima) pueda exigir a otra (el responsable), el pago de una indemnización por daños causados. Debe existir una razón para que una determinada persona y no otra, sea obligada a pagar. Una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el

⁷⁵ Caro Coria, Carlos (2001, vol. II, p. 147). “Presupuesto para la estabilidad del ecosistema como bien jurídico penal”. *Derecho y Ambiente-Nuevas aproximaciones y estimativas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEA-PUCP), 1.ª Ed.

⁷⁶ Artículo 142.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto.⁷⁷

El nexo causal constituye un elemento fundamental que se exige para que se pueda declarar la responsabilidad; se encuentra dirigida a establecer un vínculo entre la actividad desplegada y el daño causado. En este sentido, la víctima del daño debe lograr unir éste con una actividad (acción y omisión), y que la misma sea atribuida a una determinada persona.

Para que un daño pueda resarcirse, es necesario que su producción se le pueda imputar a alguien por acción u omisión. En otras, el daño cuya reparación se pretende, debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción.⁷⁸ La cuestión es precisar cuándo una conducta tiene entidad causal suficiente como para responsabilizar al sujeto de los daños acaecidos.

Para que exista responsabilidad civil debe existir un vínculo o relación entre la conducta realizada y el daño producido. Así, la persona que solicita el pago de una indemnización debe cumplir con acreditar que existió un daño y la relación causal entre dicho daño y la conducta realizada por el agente.

No obstante, esta relación o vínculo no se refiere a cualquier punto de contacto que haya existido entre la conducta desarrollada y el daño producido, nuestra legislación exige expresamente que exista una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

En esa medida, para que exista nexo causal, debe acreditarse que de todas las causas posibles, la conducta desarrollada por el agente fue la más idónea para provocar o producir el daño. En ese sentido, para ser responsable la

⁷⁷ De Trazegnies Granda, Fernando (2003, vol. IV, tomo I, p. 305). "La responsabilidad extracontractual". En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 7.^a Ed.

⁷⁸ Bustamante Alsina, Jorge (1983, p. 217). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.

consecuencia de la actividad dañina, debería de ser predecible.⁷⁹

Es decir, para que exista nexo causal, debe acreditarse que de todas las causas posibles, la conducta desarrollada y el daño producido, nuestra legislación exige expresamente que exista relación de causalidad.

En materia ambiental, el nexo causal constituye la relación de causa y efecto entre la conducta contaminante (humos y ruidos) y el daño producido (daños al patrimonio y la salud).

No olvidemos que la certeza del daño causado es un elemento necesario para apreciar la existencia de responsabilidad civil. Es más, de todos los requisitos que exige la aplicación de la responsabilidad civil, es el único que reviste un valor esencial para que proceda el resarcimiento, es el concerniente a la existencia de un daño.

Es difícil también identificar el agente contaminante. ¿Cómo discernimos que un determinado daño ecológico es consecuencia de la actuación puntual de un agente contaminante o, por el contrario, es consecuencia del efecto acumulativo de varios actos contaminantes realizados a lo largo del tiempo y del espacio?

A veces, por ejemplo, un único vertido autorizado de productos contaminantes en un río, quizás no cause un daño identificable, pero el impacto combinado de todos los vertidos sí; y, en este caso concreto, desde un punto de vista de justicia material ¿quién es más responsable del daño?, ¿las diferentes industrias situadas en el margen del cauce que observaron en sus emisiones lo dispuesto en sus correspondientes vertidos o el organismo competente que ejercía las funciones de control de calidad del agua del río y no impuso a las industrias umbrales de emisión más severos para proteger los umbrales de inmisión o de calidad del agua?

⁷⁹ Bullard González, Alfredo (2007, p. 24). Informe legal del Caso n.º 4:07-cv-01874-CDP del 12/17/2007. Sobre demanda interpuesta contra Doe Run Resources, sobre el Caso de La Oroya en la Corte de Missouri, Estados Unidos de América.

La propia esencia de la responsabilidad civil requiere que exista un vínculo entre la actividad y el daño, de tal modo que pueda afirmarse que el daño es consecuencia de una determinada actividad.

En teoría, el concepto es muy simple: se trata de determinar la existencia de un vínculo entre dos realidades: daño ambiental y actividad contaminante.

Una de las cuestiones que se complican cuando se trata de aplicar el Derecho Civil a la responsabilidad por daños al ambiente es el de la prueba, tanto del daño propiamente tal como el de la relación causal entre aquél y el de la conducta del sujeto imputable, sobre todo porque la mayoría de los daños ambientales no pueden ser imputados a un solo individuo sino que normalmente son consecuencia de la sumatoria de varias conductas contaminantes imputables a varios individuos.

Por esta razón, tanto la doctrina como la legislación comienzan a incursionar en nuevas soluciones que tiendan a suavizar los rigores de la carga de probar el nexo causal; entre ellas, *la inversión de la carga de la prueba, la presunción del vínculo causal y la imputación directa de la responsabilidad*.

La prueba de la relación de causa a efecto entre la actividad realizada por una persona y el daño sufrido por otra, es como ya se han indicado, una de las más grandes dificultades que presenta en la práctica las cuestiones de responsabilidad. En teoría el concepto es muy simple: se trata de determinar la existencia de un vínculo entre dos realidades, de tal modo que puede decirse que un (daño) es consecuencia de la otra (actividad).

Sin embargo, la realidad es mucho más compleja que eso, ya que en todo fenómeno intervienen toda una serie de condiciones, positivas y negativas, de tal forma que faltando una de esas condiciones, no se producirá el resultado. Es decir, que el efecto no es el efecto de una causa, sino el resultado de todo un complejo de condiciones, cada una de las cuales, positiva o negativamente,

tiene una trascendencia causal del mismo.⁸⁰

De Miguel de Perales⁸¹ expresa que la relación de causalidad es, en todos sus efectos, un elemento esencial de la responsabilidad civil, cualquiera que sea su tipo, de modo tal que en su ausencia es imposible imponer sobre nadie un deber de reparación de un daño cierto. No en vano la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo,⁸² en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente exige su existencia para poder apreciarla, así, las SSTs de 25 de marzo de 1954 (supuesto incendio), 5 de abril de 1960 (daños causados por lavadero mineral de plomo), 24 de marzo de 1977 (daños en una piscifactoría), 14 de febrero de 1984 (daños a inmuebles por inundaciones), 15 de marzo de 1985 (incendio), 15 de junio de 1987 (daños a una piscifactoría por avenidas) y 3 de diciembre de 1987 (daños por ruidos y vibraciones), además de la sentencia de la AP de Valencia de 2 de octubre de 1991 (daños a una carga de vinos por contaminación por gasóleo).

Pueden encontrarse, además, otras sentencias en las que el TS expresamente se centra en la necesidad de este elemento y su prueba.

En este sentido, la STS de 28 de junio de 1979 desestima una demanda de reclamación por daños en unas plantaciones por la elevación de la temperatura de las aguas de que se nutría, sobre la base de que no se ha probado que la temperatura de las aguas provenientes de la demandada hubieran sido la causa real, verdadera y eficiente de la pérdida de las plantas del actor.

El TS incide en destacar que debe ser probada la “*indiscutible certeza*” de la existencia del nexo causal, como lo reafirma expresamente la STS de 27 de octubre de 1988 (que resolvía una reclamación de daños por extracción de aguas), y todo ello con independencia de que estemos ante una responsabilidad de carácter subjetivo u objetivo (STS de 27 de octubre de

⁸⁰ De Miguel de Perales, Carlos (1994, p. 143). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Cívitas.

⁸¹ *Ibidem* (p. 153).

⁸² Tribunal Supremo (TS).

1990, en relación con la muerte de truchas por la contaminación de un río).⁸³

En resumidas cuentas, se le dé el nombre que se le dé, la cuestión es que para poder declarar responsable a una persona de un daño y, por tanto, para poder imponerle el correspondiente deber de reparación, es necesario que haya un vínculo de causalidad entre su actividad y el daño producido.

Los daños al medio ambiente y las consecuencias que de ellos se derivan en el ámbito de la responsabilidad civil, puede tener un muy diferente origen, y en su camino pueden encontrarse y unirse con otras “*varias concausas*”, que hagan difícil su prueba y aun el conocimiento de su mera existencia.

Las radiaciones ionizantes, emisiones y disposiciones de sustancias peligrosas, roturas de tanques contenedores, accidentes de tanques contenedores, accidentes de buques, entre muchos, pueden dar origen a una agresión al medio ambiente cuya magnitud, unida, por lo general, a un desarrollo extendido a lo largo del tiempo, dificulta el establecimiento de la relación de causalidad.⁸⁴

La carga de la prueba constituye uno de los principales problemas del sistema de responsabilidad civil ambiental. En muchas oportunidades, establecer el nexo causal entre el sujeto contaminador y el daño, es complicado en cuanto a los sujetos contaminadores, pues pueden ser cuatro o cinco empresas que se encuentran en una misma zona y, por cuanto, el daño ambiental que sufre el ecosistema puede ser distinto a los daños que sufre la flora y fauna, siendo mucho más distintos los daños a las personas y a su patrimonio.

3.5.4. Factor de atribución

En el instituto de la responsabilidad se exige la conexidad causal entre el hecho —en este caso, la omisión de la administración— y el daño sufrido por la persona lesionada —que podrá ser un particular o persona pública—. Por lo

⁸³ De Miguel de Perales, Carlos. *Ob. cit.* (p. 154).

⁸⁴ *Ibidem*.

tanto, hay que analizar, dado el caso, no sólo cuál es la norma conculcada; sino también cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño que determina la existencia de responsabilidad civil, el mismo que puede estar fundado en la culpa (responsabilidad subjetiva) o en riesgo creado (responsabilidad objetiva). En el sistema de responsabilidad civil el factor de atribución viene a constituir el objetivo conocido como riesgo creado o la teoría del riesgo creado por actividades extraordinarias.

Desde el criterio de la relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual ha ido evolucionando del antiguo criterio subjetivo (de auténtica responsabilidad por culpa) al moderno sistema objetivo, aun sin culpa, sin más que el hecho de ser autor del daño o perjuicio.

En materia ambiental el factor atributivo de responsabilidad puede ser objetivo, cuando se deriva del uso o aprovechamiento de bienes ambientales riesgosos o peligrosos, o del ejercicio de actividades ambientalmente riesgosas o peligrosas. Asimismo, puede ser subjetivo cuando media dolo o culpa y la responsabilidad no se deriva de tales bienes o actividades riesgosas o peligrosas.

Debemos previamente destacar que la Ley General del Ambiente ha establecido, antes que el daño se produzca, una obligación preventiva para el potencial agente dañoso, al disponer que aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas (artículo 142.1 de la LGA).

En cuanto al sistema objetivo de responsabilidad extracontractual, está sustentado en el riesgo creado y el riesgo provecho, según el cual la responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien

ambientalmente riesgoso o peligroso; o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva.

Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas; los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado; así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir (artículo 144 de la LGA).

En tanto que la responsabilidad subjetiva se aplica solamente para aquélla que no es derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa; en cuyo caso el agente está obligado a asumir sólo los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente (artículo 145 de la LGA).

3.6. Los daños ambientales

3.6.1. Definición del daño ambiental

Resulta complejo efectuar una sola definición del daño ambiental, debido a los matices de los bienes que se podrían vulnerar, como los de carácter civil (salud, propiedad, etc.) y los de carácter público (el agua, el aire, el bosque o la biodiversidad). El daño ambiental está completamente diferente al daño civil que conocemos en el sistema de responsabilidad civil.

En este sentido, Catala afirma

A definição de “danos ao meio ambiente” se encontra atualmente afeta a duas categorias distintas em função de que o meio ambiente lesionado afete a saúde e aos bens das pessoas ou ao meio natural enquanto tal. Na primeira hipótese, o dano ao meio ambiente se integraria a categoria dos comumente denominados danos pessoais, patrimoniais ou econômicos, a saber: os danos a saúde e a integridade física das pessoas (por exemplo a asma provocada pela contaminação atmosférica), os danos a seus bens (por exemplo, o meio ambiente propriedade de um indivíduo) e os danos ao exercício de atividades econômicas (por exemplo, a pesca), todos eles submetidos ao âmbito do direito privado, onde, a priori, parece ter perfeita aplicabilidade o mecanismo clássico da responsabilidade civil. Na segunda hipótese, o dano ao meio ambiente passaria a englobar o que a doutrina tem denominado “dano ecológico puro”, alheio a qualquer conotação pessoal, patrimonial ou econômica. A maioria dos ordenamentos jurídicos reconduz esses tipos de danos a esfera do direito público.⁸⁵

Leite, considera que

O dano ambiental, constitui expressão ambivalente, que designa, certas vezes, alterações nocivas ao meio ambiente e outras, ainda, os efeitos que tal alteração provoca na saúde das pessoas e em seus interesses. Dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, e sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses.⁸⁶

⁸⁵ Catala, Lucia Gomis (1998, p. 63). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Navarra: Elcano-Aranzandi.

⁸⁶ Leite, Jose (2003, p. 94). “Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial”. *Revista dos tribunais*. São Paulo, 2.ª Ed.

El daño ambiental⁸⁷ lo concebimos como toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o colectividad, a que se nos altere, de un modo perjudicial, sus condiciones naturales de vida; se trata en definitiva de una lesión al entorno o hábitat, conformado por el aire, el suelo, la vegetación y el agua; por tanto, la lesión a alguno o a varios de estos elementos que lo componen genera y provoca el daño ambiental en razón que menoscaba el derecho de gozar de un ambiente sano y equilibrado que sea además apto para el desarrollo humano, tal como lo declara la Constitución.⁸⁸

Del daño ambiental se derivan otros tipos de daños como a la salud, a la propiedad y a la moral/daño psíquico; pero aun cuando existan y se comprueben dichos daños derivados, permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabo del entorno, no sólo natural sino social, de los agravios al goce de un ambiente sano y equilibrado; debe entonces concluirse que el daño ambiental provoca una lesión a la calidad de vida, por cuanto impide gozar de un ambiente sano como el descrito. Esta lesión se provoca a todos y cada uno de los sujetos, a quienes se haya deteriorado su hábitat, más allá de que existan daños fragmentarios y particularizados para cada actor en su salud, propiedad y moral.

Otra definición del daño ambiental abarca no sólo la pérdida o disminución del denominado bien jurídico vida (salud), sino también el detrimento, menoscabo o pérdida del equilibrio de los ecosistemas, los mismos que se encuentran regidos por los principios de autorregulación y auto perpetuación. El daño ambiental sería, siguiendo los lineamientos “toda acción, omisión, comportamiento, acto, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente algún elemento constitutivo del concepto ambiente”.

El daño ambiental es producido por conductas humanas que contaminan o

⁸⁷ Se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo, inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes. De esta forma el daño ambiental abarca no sólo la pérdida o disminución del bien jurídico vida (salud) sino también el detrimento, menoscabo o pérdida del equilibrio de los ecosistemas, los mismos que se encuentran regidos por los principios de autorregulación y autoperpetuación.

⁸⁸ Tomado de *La Ley* (suplemento ambiental). Buenos Aires, año IX ,n.º 4.

degradan el medio ambiente. La degradación ambiental es la disminución o el desgaste de los elementos que componen el medio ambiente, como lo serían, a manera de ejemplo, la tala de un bosque o el desecamiento de un manglar.

Por contaminación entendemos la presencia en el medio ambiente de uno o más contaminantes o combinación de ellos, en concentraciones tales y con un tiempo de permanencia tal, que causen en dicho ambiente características negativas para la vida humana, la salud y el bienestar del hombre, la flora y la fauna, o produzcan en el hábitat de los seres vivos, aire, agua, suelos, paisajes o recursos naturales en general, un deterioro importante. Contaminar es, entonces, introducir sustancias o elementos extraños al ambiente en niveles y con una duración tal, que produzcan contaminación en el sentido expuesto. Para cierto sector de la doctrina, la contaminación ambiental, en toda su extensión, comprende la degradación de los elementos naturales o culturales integrantes del ambiente, considerados aislada o individualmente, o de manera colectiva o en conjunto.

De esta forma y bajo esta tesitura, el concepto contaminación abarcaría también al término degradación ambiental.

Existen dos tipos de contaminación: a) la contaminación degradadora de elementos naturales del ambiente; y b) la contaminación degradadora de los elementos culturales del ambiente.

Dentro de la primera clasificación encontraríamos la contaminación de las aguas, aire, suelo y subsuelo, en la agricultura, residuos por basuras, sólidos, líquidos o gaseosos, así como sonora o acústica, térmica, radioactiva, electromagnética.

Dentro de la contaminación degradadora de los elementos culturales encontramos las siguientes: la contaminación paisajística (belleza escénica), contaminación que degrada o destruye creaciones científicas, artísticas o tecnológicas, contaminación que afecta patrimonio cultural y arqueológico.

Un sector de la doctrina diferencia los daños, para Prieur,⁸⁹ distingue los daños por contaminación de los daños ecológicos propiamente dichos. Para él, los daños por contaminación son aquellos daños sufridos por el medio natural donde sus elementos no son identificables ni pueden ser objeto de apropiación.

De Miguel de Perales,⁹⁰ no hace distinción entre daño que afecta el medio natural en sí mismo considerado y el que tiene repercusiones en bienes apropiables por un patrimonio individualmente considerado, por ser de la opinión de que el daño ambiental se circunscribe a lo que es daño ambiental (personal o consecutivo), dejando a un lado la disminución que representan los elementos ambientales cuando no hay ningún efecto reflejo en bienes individuales.

Es aquí, en el campo ambiental, donde la concepción del daño como quebranto o deterioro de un derecho subjetivo se modifica, puesto que los componentes del hábitat natural pertenecen de manera abstracta a todos los ciudadanos en su uso y goce; por ello cada individuo tiene sobre ellos un interés compartido con el de los demás miembros colectivos, lo que lleva a no generar un detrimento de carácter individual.

Por ser el daño ambiental un supuesto especial de responsabilidad civil, no todo daño es relevante de tutela. Para que pueda ser remediado bajo el régimen de responsabilidad tiene que cumplir con: a) tiene que haber uno o más actores identificables (contaminadores), b) el daño tiene que ser concreto y cuantificable y c) se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre los daños y los presuntos contaminadores.⁹¹

Por lo tanto, el régimen de responsabilidad se puede aplicar, por ejemplo, en

⁸⁹ Prieur, Michel (1991, pp. 729-730). *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz.

⁹⁰ De Miguel de Perales, Carlos (1997, pp. 87-88). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Cívitas.

⁹¹ Comisión Europea (2000, p. 13). Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental. Luxemburgo.

los casos en que el daño ha sido provocado por accidentes industriales o por la contaminación gradual causada por sustancias peligrosas o residuos vertidos al medio ambiente por fuentes inidentificables.

3.6.2. Daño a la persona

El daño a la persona indemniza la afectación del proyecto de vida de un ser humano por daños ocasionados a su integridad física o salud, como al proyecto de vida de un ser humano, por lo cual son indemnizables los daños ocasionados a la integridad física como la muerte, las lesiones y, adicionalmente, las afectaciones psíquicas.

El daño a la salud está representado por la disminución de las expectativas de vida de los actores y del decaimiento del bienestar general. La contaminación cobra un daño a la salud, se entiende por daño no sólo a las dolencias físicas y enfermedades, sino todo detrimento en el funcionamiento del organismo, aunque medien alteraciones corporales o desequilibrio físico.

El profesor italiano Alpa⁹² sostiene:

Sin embargo, también es posible otro aspecto del daño a la persona: el daño que se deriva al individuo por la violación de la integridad del medio ambiente, no acompañado ni seguido por una lesión de la integridad fisiopsíquica, pero que comporta perturbaciones a la vida, a la habilidad, al ordenado y usual desenvolvimiento de los hábitos de cada uno. Este tipo de daño, de naturaleza económica (como puede ser, por ejemplo, el daño ocasionado por la pérdida definitiva o temporal de la morada, por el abandono de una zona afectada o por la suspensión de la actividad laboral o por la modificación de la actividad laboral, etcétera), de naturaleza moral (como podría serlo el abandono de una zona querida por recuerdos familiares o la reducción de

⁹² Alpa. Guido (2006, p. 530). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores, 1.^a Ed.

actividades lúdicas, etcétera) también este último perfil de daño a la persona, a pesar de tener naturaleza moral.

El daño a la salud está constituido por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto; es el daño físico representado por la disminución de la aptitud vital genérica de la víctima. Dicha afectación puede ser producto de la inmisión de humos o ruidos que acarrearán como consecuencias de deterioro de la salud como: asma bronquial, bronquitis, sordera, insomnio; así también el polvillo de cualquier industria podría producir efectos cancerígenos.

El daño ambiental tradicional puede traducirse en un daño corporal, cuando los derechos afectados por el deterioro del medio sean la vida o la integridad física⁹³ como pueden ser: intoxicaciones por contacto con aguas contaminadas, daños personales por contaminación ambiental, enfermedades profesionales derivadas de la utilización de productos contaminantes, dolencias o agravamientos de las mismas a causa del ruido.

Al margen del daño moral que se pudiera derivar del corporal (dolores físicos, sufrimiento psíquico, “pérdida de agrado” y perjuicio estético), puede desencadenarse uno más específico en los supuestos de daños ambientales, consistentes en la incomodidad y en la dificultad de las condiciones de vida que derivan de un incidente ecológico o de cualquier otra lesión al medio ambiente, que se traducen en los consiguientes sufrimientos morales o disturbios psíquicos caracterizadores del daño moral tradicional piénsese, por ejemplo, en los trastornos que supone el cambio de costumbre al que obliga a la nueva situación ambiental (evitación de contagios, imposibilidad de consumir ciertos alimentos, abstenerse de tener descendencia en cierto tiempo o de mantener relaciones sexuales), en el propio riesgo de estar expuesta peligros —quizás

⁹³ Es lo que, en parte de la doctrina italiana, se ha denominado como el “derecho al medio ambiente saludable”, calificado, incluso en sí mismo, como un derecho a la personalidad. Se hace referencia con esta expresión al daño a la salud causado por contaminación o por situaciones que inciden sobre la salud física o psíquica, que violan la integridad del medio ambiente.

indeterminados— para la salud de las personas,⁹⁴ en la incomodidad o molestia que produce la contaminación acústica o en el mero sentimiento de frustración por la destrucción de un bosque o por la degradación de un hábitat.

3.6.3. Daño al concebido

El controvertido Primer Pleno Casatorio n.º 1465-2007 Cajamarca, el cual versa sobre el litigio entre un conjunto de comuneros de la región de Cajamarca en contra de la Minera Yanacocha, representa, hasta la fecha, una fuente de debates, como consecuencia de la contaminación en Choropampa, se emite la sentencia final a la que arribó la Corte Suprema en un proceso sobre el derecho del concebido donde, se hace referencia a la acción procesal de excepción de falta de legitimidad para obrar, interpuesta en representación de la menor Laura Jacqueline Cotrina Alvarado, toda vez que de la partida de nacimiento que obra en autos, se advierte que ésta nació el 9 de julio de 2000; es decir, luego de haber transcurrido un mes del derrame de mercurio, que tuvo lugar el 2 de junio de 2000.

Al resolver esta excepción, el juez de la causa la declaró fundada, anulando lo actuado en ese extremo, pues estimó que a tenor de lo normado en el artículo 1 del Código Civil la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y no antes, siendo que la citada menor nació luego de más de un mes de producido el derrame de mercurio. Esta decisión fue confirmada por la Sala Superior. La miopía de ambas instancias raya en la ceguera selectiva: si se lee completo el mismo artículo 1 del Código Civil, se verá que el concebido es un sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.⁹⁵

⁹⁴ Al respecto, resulta muy ilustrativa la sentencia de la Corte de Apelación de Milán sobre el desastre de Seveso (app. Milano 15.4.94, GI, 1994, II, 961) en la que se analiza pormenorizadamente los daños morales derivados del accidente ecológico. Cfr. Álvarez Lata, p. 1709.

⁹⁵ Espinoza Espinoza, Juan. “Responsabilidad civil por daño ambiental ¿tutela efectiva de los derechos de los dañados o simplemente un lirismo?”. En: <http://iurisalbus.blogspot.com/2009/12/responsabilidad-civil-por-dano.html>. p.24.

En opinión del profesor Juan Espinoza, precisa que al resolver una excepción de falta de legitimidad para obrar, no se debe juzgar la justicia de la pretensión ni el fondo de la *litis*, ni mucho menos si el demandante es el titular en la relación sustantiva controvertida en el proceso, sino que debe de tenerse en cuenta que actúa en calidad de concebida, la menor Laura Jacqueline Cotrina Alvarado, alega haber sufrido daños a consecuencia del derrame de mercurio ocurrido un mes antes de su nacimiento para que tenga legitimidad para demandar el pago de una indemnización. Será, entonces, al momento de expedir la sentencia respectiva pronunciándose sobre el fondo del asunto que el juzgador establecerá si, en efecto, el evento dañoso afectó o no a la citada codemandante durante su concepción”.⁹⁶ El hecho de que un ser humano no haya nacido antes de la producción de un daño, no lo deslegitima procesalmente a efectos de obtener una indemnización.

En el caso concreto, la madre estaba en el último trimestre de gestación (aparentemente, un mes antes). Por consiguiente, el concebido era un ser ontológicamente y era un centro de imputación jurídicamente, es decir, existía y era sujeto de derecho “privilegiado”. Es correcto el criterio de la Corte Suprema cuando afirma que “bastaba el solo hecho de su concepción para que (la niña) sea catalogada como sujeto de derecho. Su posterior nacimiento únicamente significó que, a partir de dicho momento, podía hacer efectivo el derecho a recibir una indemnización”.

Es importante distinguir:

- i. La protección jurídica que merece el concebido en sus derechos existenciales o no patrimoniales, como el derecho a la vida, a la integridad o a la salud, los cuales no están sometidos a ninguna condición.
- ii. La atribución de derechos patrimoniales, que está sometida bajo la condición suspensiva de que el concebido nazca con vida, aunque sea

⁹⁶*Ibidem* (p. 25).

por un instante (teoría de la vitalidad).

El derrame de mercurio ocasionó al concebido un daño a la salud, de lo cual se pueden desprender dos posibilidades:

- i. Que el concebido no nazca por este daño: ello legitima a los padres a solicitar una indemnización por daño moral por la pérdida de su hijo.
- ii. Que el concebido nazca: ello legitima al menor, a través de sus representantes, a solicitar una indemnización por el daño ocasionado *iure proprio*.

El fallo de la Casación n.º 1486-2007 se encuentra en concordancia con lo establecido en la doctrina nacional, en el sentido de que el concebido mantiene vigentes sus derechos patrimoniales y no patrimoniales por su sola condición de “concebido” y que, una vez que nazca o a su primer contacto con el mundo exterior, es que el ordenamiento jurídico le permite ejercer estos derechos, en forma consecuente queda legitimado a interponer una demanda de indemnización por daños ambientales, con lo cual existe unanimidad en saludar el fallo de la Corte Suprema, que representa una luz al final del túnel luego del controvertido primer pleno casatorio.

3.6.4. Daño moral

El daño moral está relacionado al dolor, al sentimiento de pena, al sufrimiento, un turbamiento y está inferido a los derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica.⁹⁷

El daño moral viene a constituir las molestias o padecimiento espiritual de las personas como producto de la contaminación: molestias, humos, ruidos y

⁹⁷ Espinoza Espinoza. Juan (2007, p. 229). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

olores nauseabundos. Son los valores que son fundamentales en la vida de un hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la integridad física, el honor.

También afectan la tranquilidad, la seguridad personal, padecimientos físicos y espirituales originados en el hecho ilícito civil. Concluimos que son los tratos degradantes e insoportables por consecuencia de la contaminación ambiental.

El daño tradicional está experimentando transformaciones derivadas de un acomodamiento de los derechos e intereses en juego a causa de una, cada vez mayor, preocupación por las condiciones ambientales o, al menos, por su repercusión en la esfera subjetiva.

En este campo, se está produciendo una notable apertura del daño moral para hacer residir en las molestias o incomodidades producidas por el deterioro del entorno, ya fundamentadas en un derecho a una calidad de vida o a la calidad ambiental, que despunta en algunas sentencias, ya sea en derechos fundamentales clásicos como en la intimidad o la inviolabilidad de domicilio.

En este último espectro se situaría, para la reciente jurisprudencia, el problema de los daños ocasionados por la contaminación acústica.⁹⁸

El agravio moral se vincula al concepto de desmedro (extrapatrimonial, por lesión a las afecciones legítimas, sentimientos personales, tranquilidad anímica, etcétera), sin llegar a comprender a los simples trastornos, dificultades o perturbaciones que originan las vicisitudes o contrariedades propias de la vida social. El daño moral puede dividirse en dos grandes grupos:

- a) El agravio que reviste un matiz social, en la medida en que nace de las relaciones de la persona en su ambiente o circunstancia físico-temporal

⁹⁸ Vidal Ramos, Roger (2009, p. 215). "La responsabilidad civil ambiental: alcances y perspectivas". En *Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.

(honor, reputación, crédito) que es el que nos interesa.

- b) Subjetiva, relacionada con las afecciones íntimas, convicciones y creencias.

Tales sufrimientos, molestias o incomodidades que encuentran su origen en la degradación ambiental, entrarían dentro de las borrosas fronteras del daño moral; en particular, sería factible su entendimiento como daños o lesiones al concepto del bienestar físico y psíquico, incorporado para algunos autores, como el derecho a la integridad moral de las personas, específicamente como daños al derecho a la privacidad, a la intimidad e inviolabilidad de domicilio.

El daño moral busca indemnizar el dolor o el sufrimiento que ha sido causado a la víctima del daño, siendo siempre un problema al momento de cuantificar u otorgar un monto dinerario al daño moral.

En general, y al margen de lo que se dirá para los supuestos de contaminación acústica y electromagnética —que por afectar derechos fundamentales les han merecido un trato diferenciado—, el resarcimiento de este daño moral ambiental viene reconocido por algunas sentencias en esa línea aperturista que se predica de la actitud de los tribunales frente a este tipo de daño, cuyos límites tienden a extenderse.

En este sentido, la STS de 16 enero de 1989 (RJ 1989, 101) declaraba: “[...] la infracción del artículo 1902 CC argumentando que dándose por probada la existencia de una contaminación ambiental masiva e intensa que afectó gravemente a las fincas y viviendas de los actores y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno, sienta (sic) con ello una situación de producir graves dolencias a las personas y ello integra un perjuicio, al menos de orden moral, que debió ser considerado y valorado”.⁹⁹

La sentencia en el caso López Ostra c/. España del 9 de diciembre de 1994,

⁹⁹ Álvarez, Natalia (p. 1710). *Op. cit.*

resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es fundamental respecto a que en su fallo por la demanda de inmisiones por humo u olores nocivos a la salud, derivados de una fábrica de tratamiento de residuos, consideró que, aun cuando no lesivos a la salud, las inmisiones comportaban una violación de la vida privada y familiar de los habitantes del lugar donde se encontraba situada la fábrica, siendo que existía un daño moral ambiental por cuanto la familia Ostra estaba impedida de realizar el goce efectivo y total del derecho de propiedad y esto le devenía una angustia debido a que no podía realizar una vida familiar normal, como recibir visitas de familias y amistades, organizar reuniones o todo lo que tenga que ver con el desarrollo familiar dentro del hogar, generándose daños ambientales morales por no efectuarse el goce pleno del derecho de propiedad por cuanto su vivienda se encontraba frente a un local donde se realizaba tratamiento de residuos.

Entendemos por daño moral ambiental aquella disminución o minoración en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre un sujeto debido a la alteración, menoscabo, trastorno, disminución del medio ambiente en el cual se desarrolla. Es así como la destrucción de un hábitat no sólo comporta daños patrimoniales (*Pecuniary Damages*), sino también, y de manera frecuente, daños estrictamente morales, como lo es el sentimiento que el deterioro causado al ambiente produce en los afectados y, en especial, en la esfera de derechos subjetivos de los mismos.

Los daños a la salud de las personas, generados por causa del menoscabo ambiental, son un claro ejemplo de daños corporales o personales que acarrearán necesariamente una partida de daños morales basados en el dolor y la angustia sufrida.

Quienes se oponen a la existencia del daño moral ambiental le imputan la dificultad que entraña la estimación monetaria de los mismos, pudiendo, por tanto, ser las indemnizaciones sumamente elevadas y, por ello, las probabilidades de reclamaciones frívolas o temerarias aumentarían.

De igual forma se le imputa la falta de precedentes en la mayoría de los ordenamientos y la inseguridad jurídica que ello acarrea. No compartimos los criterios esbozados por sus detractores, pues como se observa, los reclamos que se le hacen son los mismos que por muchos años se le han imputado al daño moral en general y, sin embargo, al día de hoy nadie niega su existencia; por tanto, se debe empezar a crear precedentes, con el fin de que los mismos sirvan de parámetros con los cuales se pueda construir una base valorativa, tal y como ha pasado con el daño moral en general.

Al tratarse el medio ambiente de un bien de naturaleza común o colectiva, lo normal es que dicha minoración en la tranquilidad la sufra la colectividad como un todo, así como cada uno de los sujetos que forman parte de ella. El daño moral colectivo sería, entonces, la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad, equivalente a la lesión de intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el ambiente que los circunda. La característica principal del daño moral colectivo es ser, al mismo tiempo, personal y colectivo, pues lo sufren a la vez, tanto la comunidad, como cada uno de los sujetos que la conforman.

La legitimación para interponer acciones con el fin de obtener indemnizaciones por daño moral ambiental y daño moral colectivo les corresponde a todos y cada uno de los sujetos afectados por el mismo.

Se debe recordar que la tutela del ambiente es un típico interés difuso, el cual posee como característica propia, ser, al mismo tiempo, individual como colectivo, por lo que todos y cada uno de los sujetos que forman parte de una colectividad heterogénea e indeterminada se encontrarían facultados para interponer acciones administrativas y judiciales, con el fin de que se les indemnice el menoscabo en su tranquilidad anímica y espiritual.

Lo anterior no obsta para que Organizaciones No Gubernamentales¹⁰⁰ puedan apersonarse tanto a interponer acciones en defensa del ambiente, o bien a

¹⁰⁰ Organizaciones No Gubernamentales (ONGs).

coadyuvar en procesos que se encuentran ya en ejecución, siempre que la indemnización por daño ambiental sea invocada a nombre de sus agremiados.

Si bien la legitimación para accionar en defensa del ambiente y, por tanto, para reclamar tanto la recomposición como la indemnización del mismo, corresponde tanto al Estado como a todos y cada uno de los sujetos de la comunidad afectada, así como a los grupos organizados (ONG), la titularidad en la pretensión resarcitoria en el caso del daño moral colectivo no es individual sino únicamente grupal, y los montos obtenidos por indemnización del daño moral colectivo le pertenecen a la colectividad como un todo, la cual, dentro de sus prerrogativas podrá analizar la forma de repartir las sumas entre los sujetos que forman parte de la misma y que resultaron afectados por el daño moral. También es posible que la indemnización por daño moral colectivo le sea otorgada a una asociación o fundación (ONGs), la cual podrá elegir la forma de repartir las sumas obtenidas por indemnización, ya sea dividiéndolas entre sus agremiados o bien invirtiéndolas en programas ambientales para el beneficio de la colectividad.

3.6.5. El daño ambiental patrimonial

Los daños ambientales pueden generar secuelas desastrosas en la disminución del patrimonio de los sujetos de derecho, lo cual infringe daños económicos cuantiosos. Al hablar de patrimonio incluimos todos los bienes, deudas o derechos de una persona.

La industria, por ejemplo, ha producido un daño ambiental, ha afectado al ambiente como bien, a la vez, propio y común, de cada vecino o sujeto de derecho pasivo afectado. También ha ahorrado y transferido o externalizado sus costos hacia el entorno. A la ecuación económica se le debe internalizar el daño social derivado.

Afecta de otra forma el patrimonio por los costos extra que se ven obligados a ejecutar las personas en la producción; cosecha, elaboración de algún

producto, bien o servicio; por ejemplo:

Una empresa minera contamina los pastos de las haciendas o de las comunidades campesinas, con humos sulfurosos que arroja a la atmósfera, está dejando de incluir como verdaderos costos de producción de su mineral, aquéllos que se hubieran derivado de la instalación de filtros anticontaminantes en sus chimeneas. Por su parte, el dueño de los pastos o de los campos de cultivos afectados por los humos tiene que emplear medios especiales para proteger o para rescatar su actividad agrícola; y estos medios le cuestan, le hacen subir sus costos de producción por causa ajena a su producción misma.¹⁰¹

El profesor, De Trazegnies nos ilustra “el costo ambiental” creado por la fábrica no desaparece por el hecho de no gastar tecnología anticontaminante; simplemente es desplazado por caminos ajenos al mercado hacia un tercero que sufre los daños consecuentes. En esta forma, la no adopción de precauciones anticontaminantes que puedan ser caras, sólo hace desaparecer ese costo para la propia empresa contaminante; pero el costo reaparece en los presupuestos y en los bolsillos de entidades gubernamentales de otras empresas y de personas privadas ajenas al negocio de la fábrica contaminante.¹⁰²

En un daño ambiental patrimonial¹⁰³ “habrá daño siempre que se causara a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su

¹⁰¹De Trazegnies Granda, Fernando (1997, pp. 365 y ss.). *Derecho Civil patrimonial. Estrategias de Derecho Privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ En una sentencia en la que se condenó a una empresa fabril por contaminar un vecindario, observamos que se consideran los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales al pago de las siguientes indemnizaciones: «a) daños a la salud actuales y pasados; b) daños a la propiedad por disminución del valor venal y por imposibilidad de venta inmuebles; d) daño al uso de propiedades, que se fija en un 10% del valor de los inmuebles; d) daño moral; e) finalmente se ordena el cese de la contaminación de una vez y para siempre», mandando a la demandada que coloque equipamiento para cesar de polucionar, bajo control del Centro de Investigaciones del Medio Ambiente de la Universidad de La Plata (CIMA, de la UNLP).

persona o a sus derechos o facultades”. Y, por último, debido a que un daño ambiental afecta al patrimonio también podemos hablar de daño emergente (el perjuicio, efectivamente, sufrido) y lucro cesante (la ganancia que dejó de percibir el damnificado o el perjudicado).

Para pedir la indemnización de un daño se deben cumplir tres requisitos: a) el daño tiene que ser cierto, susceptible (si el daño ha sido indemnizado todo el daño desaparece y la obligación se extingue o que el daño no haya sido indemnizado); b) personal (propio de quien sufrió el daño) del reclamante; y c) afectar un interés legítimo (interés tutelado por la ley) del perjudicado.

Existen algunas razones por las cuales las víctimas no recurren tanto a este tipo de proceso, y hacen que en el Perú el carácter resarcitorio del sistema de responsabilidad sea más teórico que práctico.

Otra forma de daño ambiental está presente en los derechos reales, y se evidencia en la disminución de la propiedad¹⁰⁴ y lesión del derecho pleno de uso y goce de la propiedad *ius utendi* y *ius abutendi*, las inmisiones, los efluentes u otras formas de contaminación, pueden vulnerar y limitar injustificadamente el derecho de poseer, disponer, servirse, usar y gozar de las casas de propiedad de las víctimas.

Una acción por daño emergente persigue el pago o la reparación de la pérdida sufrida, que consiste en el empobrecimiento que se causa al momento de producirse el daño.

¹⁰⁴ “Francamente menoscabado. (CI Civ. y COM La Plata, Sala 3, 9.2.95), Almada, Hugo N. vs. Copetrol del análisis probatorio precedente no nos queda dudas ni de la contaminación ambiental ni de la invasión de polvillo negro que a lo largo de varios años y al compás de los vientos y trabajos de la demandada han sufrido las propiedades de los actores, cuyos derechos de uso y goce de las mismas (vale decir, el ramillete de facultades dominiales que actor y sentenciante prefieren nominar con voz latina como *iusutendi*), al igual que sus facultades de disposición (*iusabutendi*) se han visto s/a y otro y sus acumuladas: Iraza, Margarita...”. *Revista J.A.*, 11 octubre 1995, n.º 5954, pp. 34 y ss.

El daño emergente puede ser comprendido como una pérdida, menoscabo o empobrecimiento sufrido por el lesionado como resultado de la conducta ilícita. Si ocurre un accidente de tránsito entre dos automóviles, el daño emergente son los desperfectos ocasionados por la colisión.

El lucro cesante es entendido por la doctrina nacional como la pérdida de un enriquecimiento que, razonablemente, podía ser obtenido por el lesionado.

Entendemos también que el lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino.

Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento; en cambio, en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo.

Por otra parte, como dice Adriano de Cupis, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no pertenece a la persona al momento del daño.¹⁰⁵

Si una fábrica se instala en una zona urbana donde no existe compatibilidad de uso, pero como sucede en la realidad, se instala con una licencia provisional, y en vista de que sus actividades se encuentran por encima de los límites máximos permisibles respecto a los residuos sólidos, líquidos y calidad de aire, los vecinos tendrán que considerar en su presupuesto gastos en aparatos que ayuden a reducir los fuertes sonidos de la fábrica o mejorar la limpieza de la urbanización.

Esto es considerado daño emergente y si persistiera la actividad de la fábrica, existe la posibilidad de que muchas personas resuelvan o dejen de arrendar los inmuebles en razón de que, por estar cerca de una fábrica, no es cómodo

¹⁰⁵ De Trazegnies Granda, Fernando (2003, vol. IV, tomo II, p. 37). "La responsabilidad extracontractual". En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 7.^a Ed.

para vivir. De esta manera, se causaría mucho perjuicio en los precios de las propiedades, que podrían verse disminuidos; por cuanto nadie desearía comprar una propiedad colindante a una fábrica, ya que sería considerado como lucro cesante. Existen muchos supuestos por los que podría aplicarse el daño emergente y el lucro cesante ante daños ambientales patrimoniales.

3.7. El Daño Ambiental desde el Análisis Económico del Derecho

La ausencia de estímulos individuales para la tutela de los bienes colectivos genera lo que se denomina la “tragedia de los bienes comunes”, porque hay una sobreutilización derivada de la falta de incentivos para cuidarlos. Si nadie es propietario, no hay quien se preocupe por cuidar al bien. El acceso ilimitado a estos bienes provoca grandes daños: la cantidad y diversidad de especies marinas está disminuyendo drásticamente, los cursos de agua se contaminan, biodiversidad disminuye por la acción humana. No hay mecanismos del mercado para adjudicar los recursos entre intereses competitivos, y nadie tiene interés en la protección.¹⁰⁶

Para comprender mejor este asunto, nos apoyaremos en la metodología del Análisis Económico del Derecho. La externalidad o costos ajenos pueden ser positivos o negativos. Un ejemplo de *externalidades positivas* se produce cuando una entidad financiera se instala en un vecindario. En este caso, los vecinos se van a beneficiar en forma gratuita de la vigilancia que se brinda al local durante las 24 horas del día. Pero, la externalidad también puede ser *externalidad negativa*. Supongamos que en lugar de un banco se inaugura un *Night Club*, no cabe la menor duda de que los vecinos van a sufrir las externalidades negativas que se manifestaran mediante la proliferación de la prostitución, de la delincuencia, de los ruidos molestos, entre otros.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis (2008, p. 26). *Teoría del Derecho Ambiental*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1.^a Ed.

¹⁰⁷ Soto, Carlos. *Op. cit.* p. 318.

Al respecto, Lorenzetti¹⁰⁸ afirma respecto a las externalidades, como consecuencia de este principio, que las empresas cuyas actividades contaminan, no toman en cuenta estos costos, pues son transferidos a otras personas o a la comunidad en su conjunto, recibiendo sólo el beneficio por su actividad, al externalizar estos costos, no tiene incentivos en reducir el nivel de polución que causan con la producción de bienes y servicios rentables.

Desde el punto de vista estrictamente económico, la externalidad lleva a una sobreproducción que excede lo que se haría realmente si se tomaran en cuenta los costos reales. La clave para alcanzar un nivel óptimo consiste en inducir a los maximizadores del beneficio privado a restringir su producción al nivel que sea inmejorable desde el punto de vista social, no sólo desde el punto de vista privado, ya que éste se logra mediante políticas públicas que obliguen a la empresa a operar a lo largo de la curva del costo marginal social y no a lo largo de la curva del costo marginal privado, lo cual implica que la externalidad sea “interiorizada”.

El gran cambio se produce cuando se “internalizan” esos costos porque la sociedad ya no quiere soportarlos. Ello se ve claramente en las indemnizaciones por daños ambientales que deben pagar las empresas, pero también en las exigencias de transformación de los mecanismos de producción de bienes, obligándolas a incorporar nuevas tecnologías “limpias” cuyo costo deben soportar. Se construye así un nuevo modelo de relación entre la empresa y la sociedad en relación a las externalidades, altamente complejo y conflictivo.

Con relación a las actividades industriales y mineras, éstas generan externalidades positivas y negativas. Es indudable que muchas ciudades del Perú subsisten por la presencia de la actividad minera; y si desaparece ésta, la ciudad también podría correr el mismo destino. Una empresa minera genera

¹⁰⁸Lorenzetti. Ricardo Luis (2008, pp. 26-27). *Teoría del Derecho Ambiental*. México, D.F.: Editorial Porrúa, 1.^a Ed.

trabajo, la instalación de empresas adicionales (proveedores), servicios de alimentación y, desde luego, una fuente importante de tributos para el gobierno; pero también pueden generar externalidades negativas que se traducen en daños al medio ambiente, tales como la contaminación del aire, del agua, la destrucción de las zonas aledañas, de cosechas, males cancerígenos, ruidos molestos (contaminación acústica), daños a las personas (infecciones, enfermedades),¹⁰⁹ etcétera.

De Trazegnies sostiene que la actividad contaminante es una típica externalidad porque impone costos no compensatorios (daños) a terceras partes. En otras palabras, el costo no desaparece por el hecho de no hacer uso de la tecnología anticontaminante; simplemente es desplazado a aquél que sufre los daños consecuentes.¹¹⁰ Por ejemplo, si las empresas cosechadoras y procesadoras de mariscos para la exportación arrojan los caparazones y la parte inservible de estos mariscos en cualquier terreno vacío público o privado, en vez de disponer de lugares especiales para ello, están desplazando uno de los costos de la industria (el costo de eliminación de su propia basura) hacia los propietarios de los terrenos, hacia la vecindad (que va a sufrir los malos olores y, eventualmente, algunas epidemias) y hacia el Municipio. De esta manera, en razón de esa conducta contaminante, el gobierno municipal y una serie de ciudadanos están en la práctica subvencionando (forzadamente) a las empresas mencionadas.

Analizado el daño ambiental, tendríamos que indicar que todo daño ambiental necesariamente trae consigo costos ambientales, los cuales no son asumidos por los sujetos contaminantes y, en muchas ocasiones, estos costos son transferidos a las víctimas, con lo cual los costos ambientales son transferidos a terceros o asumidos por la sociedad.

Los daños al medio ambiente son externalidades típicas, ya que se trasladan o imponen costos a terceras personas; en este caso, a la sociedad en general,

¹⁰⁹ *Ibidem.*

¹¹⁰ De Trazegnies, Fernando (pp. 339-400). *Ob. cit.*

que no los ha generado. Por lo tanto, la actividad contaminante no desaparece para la empresa, sino se traslada a la comunidad, la cual estaría subvencionándola. En otras palabras, los costos de contaminación son asumidos por los afectados: personas contaminadas.

El fin tradicional de la responsabilidad civil es indemnizar al perjudicado, obligando al responsable del daño a pagar los costos de cualquier pérdida, resultado de ese daño,¹¹¹ pero “el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales, es el de su expresión en términos de economía monetaria”.¹¹²

Así, cuando los daños al medio ambiente se traducen en un daño a la integridad física de las personas o a sus bienes (daño civil por influjo medioambiental), el método de evaluación del daño no plantea ninguna especialidad en relación con los existentes en el plano general de la responsabilidad civil,¹¹³ pero cuando se trata de lo que hemos denominado *daño ecológico puro*, resulta muy difícil establecer cuál es el valor del medio ambiente dañado.¹¹⁴

¹¹¹ Así lo afirma Pigretti: “Se trata de desarrollar el postulado según el cual todo productor de contaminación debe, en principio, ser el responsable de pagar en primer término por las consecuencias de su acción”. Pigretti, Eduardo (s/a., p. 29). “Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones del derecho ambiental”. En Pigretti, Eduardo *et al.* *La responsabilidad por daño ambiental*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales.

¹¹² Martín Mateo, Ramón (2000, p. 6). *Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica*. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, Mimeo.

¹¹³ En estos casos se ha dicho que “El valor de la indemnización debe ser igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimente con motivo de la no ejecución total o parcial, o la demora en la ejecución; y que esta pérdida o perjuicio consiste en dos hechos diferentes que la indemnización debe comprender: una disminución real del patrimonio del acreedor, a que se ha dado el nombre de daño emergente; y la privación de una ganancia o utilidad que el acreedor tenía derecho de alcanzar en virtud de su crédito, llamado por eso lucro cesante”. Claro Solar, Luis (1979, vol. V, tomo XI, pp. 724 y 725). *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

¹¹⁴ Pearce y Turner (1995, pp. 187-206) señalan que para medir el daño infligido al medio ambiente por un proyecto de desarrollo es necesario calcular el valor económico total perdido por causa de ese desarrollo, cuestión, desde luego, muy compleja. Véase de estos autores *Economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Madrid: Celeste Ediciones.

Si una empresa, motivada por un utilitarismo y una maximización salvaje, no utiliza un tratamiento adecuado para que los productos que fabrica no contaminen o los niveles de contaminación sean los mínimos o acorde con los estándares permitidos, lo que está haciendo es trasladar ese costo a la sociedad, ya que ella deberá soportar el efecto de la contaminación por sus productos, y esto conllevará a que cada persona internalice el daño (y que, por lo tanto, no se haga nada al respecto) o que las autoridades (municipios) tengan que combatir tal contaminación.¹¹⁵

Una empresa minera, producto de su actividad, genera pasivos ambientales, desechos y residuos sólidos. Si éstos no fueran tratados en forma adecuada según la normativa ambiental, esta actividad generaría malos olores, enfermedades en agravio de la comunidad y estos costos (consultas médicas y medicinas) tendrían que ser asumidos por los miembros de la comunidad o el gobierno local. Estas externalidades generan ineficiente asignación de los recursos sociales, ya que la empresa minera estaría subvencionando sus actividades transfiriendo el “costo ambiental” a terceros, dígame “comunidad campesina”, quienes deberán de asumir estos costos en agravio de su salud y patrimonio.

Gonzales Nieves,¹¹⁶ en su obra *El Análisis Económico del Derecho Ambiental*, señala:

Cuando el daño ecológico no es cuantificable a ciencia cierta, sólo se puede cuantificar la consecuencia, muerte, destrucción y, como directamente no se sabe en la mayoría de casos la relación de causa-efecto, la propiedad privada aclararía esas situaciones, dado que el interesado directo conocería los efectos y se preocuparía del seguimiento de la causa, sin cargar a la sociedad con un problema particular.

¹¹⁵ Soto, Carlos (p. 308). *Op. cit.*

¹¹⁶ González Nieves, Isabel Cristina (2008, pp. 148-151). *Análisis Económico del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Heliasta, 1.^a Ed.

Cuando los recursos naturales son de propiedad privada y estos derechos están bien definidos, son protegidos y, fácilmente, los propietarios tienen tanto la información para realizar una eficiente asignación de recursos, como los incentivos para gestionarlos en función del beneficio de los consumidores. En un sistema de propiedad privada de los recursos existe una variedad de propietarios, lo cual hará más eficiente la gestión. El mercado es una institución social que provoca una gestión óptima, haciendo valorar los recursos.

Los problemas del medio ambiente surgen en su máxima expresión cuando hay propiedad común, donde se dan externalidades anticipadas y persistentes de difícil solución.¹¹⁷

Las consecuencias del aprovechamiento de estos recursos hacen que los individuos no tengan que soportar el costo, en forma directa, creando un incentivo a la sobre explotación, la gestión pública trae fijación de precios políticos, mala gestión y desaprovechamiento. El mercado acomoda las variables de tal forma que el agotamiento y la destrucción de los recursos se ven paleados por el sistema de información, a un coste relativamente bajo en comparación con el coste administrativo; haciendo a la gestión eficiente, se sabe cuándo ofrecer al mercado y que debe conservarse.¹¹⁸

Dentro de las conclusiones de la obra de Isabel Gonzales, podemos resumir:

Queda claro que los derechos de propiedad especifican cómo pueden causarse beneficios y perjuicios a las personas, el reconocimiento de ello conduce a la íntima relación entre los derechos de propiedad y los efectos externos, una de las funciones de los derechos de propiedad es la de guiar los incentivos para conseguir una mayor internalización de las externalidades.

La privatización de recursos que hasta ahora fueron libres y están volviéndose escasos, es la única solución a largo plazo; disfrutemos, pues, de un entorno

¹¹⁷ González Nieves, Isabel Cristina (p. 150). *Op. cit.*

¹¹⁸ *Ibidem.*

más rico, mejor cuidado y sobre todo más libre dentro de un marco de derecho que limite, a ciencia cierta, los derechos y obligaciones de las personas.¹¹⁹

Consideramos que se debe efectuar un análisis económico con otras variantes, como el principio contaminador-pagador, ya que todo agente contaminante debe asumir su responsabilidad económica y asumir el costo ambiental.¹²⁰

Desde el punto de vista económico, el verdadero objetivo de la política de preservación ambiental tiene por finalidad objetiva que los costos externos que producen el fenómeno ambiental sean cargados en la cuenta de los que producen o causan el daño al ecosistema.¹²¹

En tal sentido, todo posible agente contaminante (empresas, Estado o persona natural) debe asumir dentro de su contabilidad un pago producto de su actividad contaminante, con la finalidad de que este costo no sea trasladado en forma directa a las víctimas y al Estado.

Consideramos que la privatización de todos los bienes ambientales no debería de ser tomado como una “solución”; el acceso a los recursos naturales en nuestro sistema jurídico tiene una amplia gama de mecanismos administrativos (concesión, licencias, permisos, etc.) , pero no podría efectuarse una privatización en absoluto de todos los bienes ambientales como lo son el agua, el paisaje, patrimonio forestal y la biodiversidad, estos bienes ambientales en esencia tienen que estar bajo el dominio eminencial del Estado.

El patrimonio ambiental y nuestra categoría de país megadiverso, trae consigo un gran reto para que la clase política pueda tener la voluntad de ejercer una política ambiental que promocióne las inversiones y sancione con multas, compensaciones e indemnizaciones ejemplares, a aquellas compañías extractivas que contaminen el medio ambiente, en una correcta asignación de

¹¹⁹ González Nieves (p. 150). *Op. cit.*

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ Yacolca Estares, Daniel (2009, p. 32). *Derecho Tributario Ambiental*. Lima: Grijley.

costos ambientales a quien fuera el causante del daño ambiental.

3.8. La valoración del daño ambiental

Al respecto, se ha dicho que la valoración del daño ambiental resulta una tarea imposible, que únicamente admite valoraciones por aproximación basadas en el estado general de la ciencia, es decir, en lo que razonablemente se puede dar como conocido.¹²² Aunque en principio es válido sostener que: “La pérdida suele calcularse en función de la depreciación económica del bien agregado o del costo real de la reparación del daño, pero el daño ambiental, al no tener un valor mercantil, no puede indemnizarse directamente como pérdida económica.

No obstante, puede tener gran valor desde otro punto de vista, por ejemplo, la extinción de una especie o la pérdida de un paisaje pintoresco”,¹²³ o la extinción de un bosque cuyas consecuencias pueden ser graves en función del incremento del efecto invernadero.¹²⁴

Por otra parte, los daños ambientales son, en ciertos casos, de gran magnitud¹²⁵ lo que convierte en muy complicada para los jueces la labor de examinarlos y evaluarlos plenamente, tanto para efectos procesales como para

¹²² “Un ejemplo: Actualmente se conocen un total aproximado de 6.000.000 de sustancias químicas, de las que unas 600.000 son utilizadas cotidianamente; pues bien, de tan sólo 8.000 de ellas se conocen con más o menos certeza sus efectos (en el humo de un cigarrillo hay 5.000 agentes químicos). Piensen en la intoxicación que, posiblemente, se produjo por las anilinas adicionadas al conocido como *aceite tóxico*. Hoy, tras el trabajo de distintas comisiones internacionales de científicos, no se conoce aún el concreto proceso de la enfermedad ni, con certeza, su agente desencadenante”. Real Ferrer, Gabriel. *Cobertura de riesgos ambientales*. En: <http://www.dda.ua.es/cobertura.htm>.

¹²³ Cabanillas Sánchez, Antonio. *La reparación de los daños al medio ambiente*. Navarra: Aranzadi, 1996, p. 262.

¹²⁴ Martín Mateo, Ramón (2000, p. 15). *Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica*. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, Mimeo.

¹²⁵ Esta situación contrasta con lo que señala Hutchinson, en el sentido de que: “en muchas ocasiones los daños alcanzados a un número muy elevado de víctimas, tienen para cada una de ellas un alcance económico reducido e incluso modesto”. *Responsabilidad pública ambiental*. Mosset Iturraspe, Jorge (tomo II, p. 62), *et. al. Op. cit.*

efectos de dictar sentencia condenatoria;¹²⁶ y cuando la valuación del daño ambiental es posible, el monto a indemnizar suele ser muy elevado.¹²⁷

Por ejemplo, según Church y Nakamura, la limpieza rigurosa de todos los sitios contaminados por residuos peligrosos en el territorio de los Estados Unidos de América tendría un costo aproximado de 1.7 trillones de dólares.¹²⁸ En el mismo sentido, un análisis elaborado por la Empresa Roche, reconoce que para 1996 habían sido desembolsados por esa transnacional más de 300 millones de francos suizos para indemnizar los daños causados por el accidente ocurrido en Seveso, Italia en 1976.¹²⁹

En suma, la valoración del daño ambiental es muy compleja y puede decirse que hasta ahora en ningún sistema jurídico se ha establecido un método de evaluación económica capaz de hacer frente a la complejidad del daño ambiental.¹³⁰

¹²⁶ Márquez Sampaio, Francisco José (p. 228). *Op. cit.*

¹²⁷ Es más difícil determinar el monto de la indemnización cuando se trata de lo que hemos denominado el daño ecológico puro, puesto que resulta difícil poner un precio al ambiente cuyos elementos, en algunos casos no se encuentran en el mercado. Véase Lettera, Francesco (año 2 VII, p. 245). "Lo stato ambientale e le generazioni future". *Rivista giuridica dell'Ambiente*.

¹²⁸ Church, Thomas y Robert Nakamura (1993, p. 3). *Cleaning up the mess. Implementation strategies in superfund*. Washington: The Brookings Institution.

¹²⁹ Seveso-Twenty Years After. En: http://www.dcs.gla.ac.uk/research/gaag/level4_99/nunziog/ricerca/1977.html.

¹³⁰ Incluso en México ni siquiera para efectos de la determinación de la indemnización, tratándose del daño tradicional, existe un criterio eficaz. La legislación ambiental no establece regla alguna para determinar el monto de la indemnización, por lo que resulta aplicable la regla general que establece el Código Civil, según la cual: "Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto a la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruple del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima".

Ahora bien, jurisprudencialmente se ha sentado un criterio que data de los años 50 cuando un camión repartidor de refrescos atropelló y causó la muerte a una niña de cinco años de edad, en el Estado de Chiapas. Los padres demandaron a la compañía propietaria del vehículo y cuantificaron la indemnización argumentando que tratándose de una niña sana era previsible que pudiese llegar al promedio de edad, en esa época de 60 años, y que como a partir de los 18 años hubiese tenido que sostener a sus

Si bien corresponde a las ciencias económicas determinar los mecanismos idóneos para la valoración del daño, a la ciencia jurídica le toca establecer la forma normativa que tales estrategias deben asumir dentro del orden legal. Así, el Derecho comparado y la doctrina *ius ambiental* muestran varias alternativas ante este paradigma, a saber: que el valor de la indemnización sea igual al costo de la restauración; que el legislador establezca un parámetro indemnizatorio; que se negocie su monto; o que el juez o la administración determinen su cuantía.¹³¹

3.9. Características del daño ambiental

3.9.1. Incertidumbre

La incertidumbre es inherente a los problemas ambientales. Los efectos sobre la salud y el medio ambiente causados por las alteraciones realizadas por el ser humano son, generalmente, desconocidos y en algunas ocasiones imposibles de conocer.

Al respecto, la Declaración de Alcalá afirma lo siguiente: “la controversia es la norma cuando del reconocimiento de los efectos ambientales se derivan consecuencias económicas importantes y posibles efectos para la salud”.

Es aquí donde encuentra asidero el principio precautorio del Derecho Ambiental contenido en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo del año 1992, el cual establece que cuando exista peligro de daño

padres, y tomando en cuenta además que, por lo menos, hubiera ganado el salario mínimo, entonces el monto de la indemnización sería el salario mínimo correspondiente a 42 años. El juez falló a favor de los padres. *Indemnización por daño extracontractual. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación*, 5.^a Época, tomo CXIII, p. 443. Precedentes: Medina Natalia, 6 de agosto de 1962. 4 votos.

¹³¹ Véase GomisCatalá (pp. 265-274). *Op. cit.*; Martín Mateo, Ramón (2000, pp. 20-25). *Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica*. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, Mimeo; y Cabanillas Sánchez, Antonio (1996, pp. 262-274). *La reparación de los daños al medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi.

grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente. De esta forma se rompe con uno de los elementos característicos del Derecho de Daños: el mismo debe ser siempre cierto y no puramente eventual o hipotético.

Tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos.

Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina, la cual mediante el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta forma de evitar, que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo o irreparable. De igual forma la Sala Constitucional de Costa Rica mediante la sentencia n.º 1250-99 del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve estableció:

De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible —o una duda al respecto— se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción *a posteriori* resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente.

3.9.2. Relevancia y alcances del daño ambiental

El daño ambiental jurídicamente relevante es aquél que entra en la categoría de intolerable, por lo tanto, no es cualquier daño el que le interesa al Derecho Ambiental, sino únicamente aquél cuya magnitud, importancia o relevancia es

tal, que viene a afectar necesariamente su objeto de tutela sea la vida, la salud o el equilibrio ecológico. Al respecto, la propuesta modificativa de la directiva de la Comunidad Europea relativa a la responsabilidad civil por daños al ambiente define *daños ambientales* como “cualquier degradación física, química, biológica importante del medio ambiente, sin confundir con la lesión a bienes particulares”.

El daño ambiental debe abarcar, por tanto, no sólo los producidos sobre los elementos constitutivos del ambiente, sino también aquéllos sufridos por los sujetos que ven menoscabados sus derechos fundamentales a la vida y la salud, sin dejar de lado los derechos subjetivos privados de los mismos. Al respecto, el Libro Blanco¹³² sobre Responsabilidad Ambiental de la Comunidad Europea llega a la conclusión de la creación de un régimen de responsabilidad ambiental que cubra tanto los daños “tradicionales” como los daños causados al medio ambiente.

3.9.3. Carácter difuso y expansivo

El daño ambiental es difuso no sólo por la dificultad que entraña identificar a los agentes que causan el daño, sino también por la determinación de los sujetos que se encuentran legitimados para establecer la denuncia ante el órgano administrativo o judicial, y aquellos a los que puede alcanzar una posible indemnización. Al respecto, el artículo 2. Inc. 22 del Constitución Política del Perú establece que toda persona se encuentra legitimada para denunciar los actos que infrinjan derecho a gozar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como para reclamar la reparación del daño causado.

Por otra parte, el daño ambiental es expansivo porque el hecho generador del daño crea efectos y, en ocasiones, estos efectos negativos para el ambiente se llegan a convertir en nuevas causas generadoras de daños, ocasionándose, por tanto, una cadena que a la postre podría llegar a ser interminable.

¹³² Libro Blanco. *Ob. cit.*

El carácter difuso se representa cuando los daños ambientales afectan a la generalidad y a todos los individuos que resultan afectados, la concepción individualista de la responsabilidad se modifica, y se empieza a ver al individuo desde una perspectiva global.

En efecto, los daños causados al medio ambiente afectan a la totalidad de la población, con característica de no poderse determinar con exactitud a la víctima de manera particular sino social. Este supuesto de minoración recae sobre bienes que pertenecen a la comunidad (bien jurídico colectivo); en razón de esto cualquier persona resulta afectada en su patrimonio ya que detenta la doble titularidad de derechos de índole individual y social.

En este caso no afecta a la órbita particular sino de carácter social, lo que conlleva que el conglomerado se encuentre legitimado para solicitar su reparación, así el bien ambiental pertenezca a una persona determinada, ya que tal situación no hace que el bien pierda su naturaleza, más aún cuando encontramos como principio constitucional la función social y ecológica que la propiedad está llamada a cumplir.

3.9.4. Daño concentrado y daño diseminado

El daño concentrado es aquél cuya fuente es fácilmente identificable, un daño derivado de un suceso discreto o continuo, como lo sería la contaminación de una superficie definida de terreno.

Por su parte, el daño diseminado o difuso es aquél en donde existe una multiplicidad de fuentes productoras del daño, esparcidas territorialmente, por lo que su identificación e individualización es de gran dificultad. Como ejemplo de lo anterior encontramos la contaminación ambiental que produce el efecto invernadero o bien la lluvia ácida.

Otro ejemplo de daño diseminado es la contaminación del río con aguas

residuales de cuatro empresas mineras, donde el daño sería difícil de identificar por cuál de las empresas fue que se causó contaminación en mayor magnitud, o si no participan de la contaminación otros agentes, por cuanto el recorrido de un río es extenso y va traspasando poblaciones y países.

Cabe destacar el conflicto que sostuvieron Argentina¹³³ y Uruguay, debido a la instalación de una planta de producción de pasta de celulosa perteneciente a la empresa finesa UPM-Kymmene (previamente, propiedad de Metsä-Botnia), ubicada en territorio uruguayo y sobre las aguas binacionales del Río Uruguay, cerca de las poblaciones, uruguayas, de Fray Bentos y, argentina, de Gualeguaychú.

Originalmente, el conflicto incluyó también a una planta que la empresa española ENCE proyectaba construir en la misma zona, pero más tarde dicha empresa decidió trasladar su emprendimiento a Conchillas.

3.9.5. Daño directo e indirecto

Es directo el daño que recae sobre los elementos patrimoniales de los particulares que forman parte del medio ambiente, mientras que indirecto sería aquel tipo de daño que afecta al medio ambiente y que, a su vez, afecta a

¹³³ Argentina demandó a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia argumentando que la instalación de las plantas de celulosa es contaminante y se ha realizado en violación del Estatuto del Río Uruguay. Por su parte, Uruguay demandó a Argentina ante el sistema de solución de controversias del Mercosur y la Corte Internacional de Justicia, argumentando en el primer caso que los cortes de ruta constituyen una violación al principio de libre circulación y, en el segundo caso, que los mismos son tolerados y utilizados por el gobierno argentino para presionar al gobierno uruguayo en las negociaciones referidas a la instalación de las plantas de celulosa. El 20 de abril de 2010 la Corte Internacional de Justicia dictó el fallo definitivo, resolviendo que Uruguay violó sus obligaciones procesales de notificar, informar de buena fe, establecidos por el Estatuto del Río Uruguay, pero que no violó sus obligaciones para evitar la contaminación ambiental, por lo que consideró que resultaba desproporcionado ordenar el cierre de la planta de Botnia, pero que ambos países debían monitorear conjuntamente el río, a través de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) y aplicando el Estatuto del Río Uruguay. El conflicto finalizó tras la firma, el 30 de agosto de 2010 en Montevideo, de un acuerdo para conformar un Comité Científico en el seno de la Comisión Administradora del Río Uruguay.

terceros jurídicos o naturales, relacionado a los derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales de las personas.

El daño continuado o progresivo, como lo son los daños que tienden a cuantificar su daño; es aquél que es producto de un proceso dilatado en tiempo y, por lo tanto, el proceso dañino no es consecuencia de una única acción localizable en el tiempo.

Daño progresivo es aquél que es producido por una serie de actos sucesivos cuya conflagración provoca un daño mayor a aquél que se produciría por cada uno de los hechos individualmente tomados.

El daño ambiental puede recaer sobre bienes de naturaleza pública o privada.

En el caso costarricense, el elemento agua, el subsuelo, la fauna y los recursos genéticos y bioquímicos, así como la biodiversidad, son de dominio público. Por otra parte, la flora y los recursos forestales son de interés público. Lo anterior no quiere decir que dentro de la conducta dañosa que afecta al ambiente, no pueda también salir perjudicada la vida o salud de los habitantes, así como sus derechos de naturaleza subjetiva privada.

Por último, el daño ambiental puede ser producto de una única conducta localizable en el tiempo, o bien de un conjunto de conductas efectuadas en varios o muchos puntos en el tiempo. De esta forma, podemos calificar al daño como continuado cuando es producto de un conjunto o sucesión de actos, de un mismo autor o varios autores, en épocas diversas. Si los efectos del daño ambiental continúan en el tiempo, estaríamos en presencia de un daño permanente.

Sería progresivo el daño que es producto de una serie de actos sucesivos, de una misma persona o de distintas, cuyo conjunto produce un daño mayor que la suma de cada uno de los daños individualmente ocasionados; es lo que los científicos denominan “procesos de saturación”.

3.9.6. Responsabilidad solidaria ambiental

En el supuesto de que no haya sido una la persona o empresa causante del daño, sino dos o más; es decir, cuando varios comportamientos sean la causa productora de un mismo daño, el principal problema que se presenta es el de determinar cómo responden los varios autores: si de forma mancomunada, como sostiene un sector de la doctrina, o por el contrario en régimen de solidaridad, como defiende otro.

La respuesta en uno u otro sentido en el ámbito de la responsabilidad por daños ocasionados al medio ambiente, es especialmente importante, pues como señala la profesora Moreno Trujillo,¹³⁴ "si se adopta la regla de la mancomunidad, los problemas probatorios se multiplicarían, ya que habrían de determinarse, en la causa, no sólo los concretos sujetos participantes en la contaminación, sino también la proporción en que cada uno de ellos colaboraron al resultado final".

El código civil en el artículo 1983¹³⁵ establece la responsabilidad solidaria de los diversos agentes dañosos, permitiendo que uno de ellos pueda efectuar el cobro frente a los corresponsables.

La mayoría de los autores, sin embargo, se inclina por la solidaridad; si bien algún sector doctrinal lo hace por la mancomunidad. Se inclinan por la mancomunidad, entre otros, el profesor Albaladejo,¹³⁶ el profesor La Cruz¹³⁷,

¹³⁴ Moreno Trujillo, Eulalia (1991, p. 211). *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona: Bosch.

¹³⁵ Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria.-Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

¹³⁶ Albaladejo, Manuel (abril-junio MCMLXIII, tomo XVI, fasc. II, pp. 345-376). "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común". *ADC*.

¹³⁷ La Cruz Berdejo, José Luis (1985, p. 537). *Elementos II*, 1.ª Ed.

entendiendo que del texto del artículo 1137 del Código Civil y del carácter de principio general de la norma que contiene, se desprendería que la regla de la no-presunción de solidaridad debe aplicarse, a todas las deudas, sea cual sea su origen y, por tanto, también a las nacidas de culpa extracontractual.

En tal sentido, dadas las obligaciones extracontractuales "no parece fácil fundamentar la solidaridad de las mismas", y dado que la mancomunidad o solidaridad no se infiere de la naturaleza de la obligación sino que viene determinada por la voluntad de los particulares o por ministerio de la ley.

Entiende el profesor que "la presunción legal como fundamento de la solidaridad no implica sólo una interpretación correctora de los principios que rigen la obligación pluripersonal, sino que está en contradicción con los mismos".¹³⁸

El profesor Albaladejo, por su parte, considera que también abona su posición favorable a la no presunción de solidaridad, el principio interpretativo "*odiosa suntrestringenda*", en cuya virtud las normas sancionadoras deben ser objeto de interpretación restrictiva o favorable al obligado. Y es obvio que la solidaridad constituye una fórmula más gravosa para cada uno de los responsables sujetos al deber de indemnizar.

En consecuencia, estiman estos autores, que aun pudiendo considerarse criterio más razonable la solidaridad respecto de las obligaciones ex 1902, no es ésa la regulación que el Código Civil preceptúa, y en consecuencia la responsabilidad por la indemnización debería repartirse por cuotas entre los varios causantes del daño, en proporción a la participación de cada uno, y por igual si la participación es más o menos homogénea. Estiman, por tanto, que no debe aplicarse analógicamente al campo de las obligaciones civiles, el artículo 107 del Código Penal.

¹³⁸ Sánchez-Friera González, María del Carmen (1994, p. 233) *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*. Barcelona: Bosch.

Parecen, fundamentalmente, razones de justicia y equidad las que inclinan a considerar la solidaridad en obligaciones derivadas de ilícito civiles.

En el ámbito de daños producidos por inmisiones también existe algún supuesto en el que la reclamación por daños y perjuicios, se dirige contra dos empresas como presuntas productoras del daño. Es el caso contemplado en la Sentencia de 26 de octubre de 1971¹³⁹ en la que la acción de reclamación se dirige contra "Nueva Montaña Quijano, S.A." y "Hulleras del Norte, S.A." *por entender que la actividad llevada a cabo en las instalaciones de ambas había sido la causa de los daños y perjuicios sufridos por los actores. El Tribunal Supremo condenó solidariamente a ambas entidades a pagar a los actores el importe de la indemnización concedida.*

También la Sentencia de 8 de mayo de 1986 en la reclamación de daños y perjuicios se dirige contra dos empresas como presuntas causantes de los mismos: Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. y ENSIDESA. Los daños habían sido motivados por inundaciones que el actor atribuía a la repentina apertura de las compuertas del Embalse de Taues y a la retirada de una escombrera protectora.

El Tribunal Supremo declaró:

La coincidencia de comportamientos culposos de análoga graduación en orden al actuar de las precitadas Hidroeléctrica y ENSIDESA, conduce a la llamada solidaridad impropia, o por salvaguarda del interés social, en los casos de responsabilidad extracontractual, que se produce cuando en la concurrencia culposa de varios se aprecie análoga graduación en el desarrollo y producción de consecuencias de las concausas que condujeron al evento dañoso, y mayormente al no posibilitarse su determinación en su ámbito respectivo, como en el presente caso ocurre, ... al no haberse llegado a producir, lógica y normalmente el resultado dañoso de darse la ausencia de cualquiera de los

¹³⁹ Esta sentencia y la siguiente han sido tomadas de Moreno Trujillo, la protección jurídico-privada. *Ob. cit.*, p. 218.

comportamientos con que se manifestaron las mencionadas entidades recurrentes.

El supuesto contemplado en esta sentencia, lo estima el profesor La Cruz¹⁴⁰ como perfectamente aceptable, a pesar de su postura contraria a la solidaridad, y así dice: "Posiblemente, el único caso en el que cabe defender la responsabilidad de todos por el todo es aquél en el que la causación ha sido igualmente total para cada uno, de modo que cada agente podía haber causado el daño completo".

Por otra parte, la solidaridad en responsabilidad por daños al medio ambiente aparece contemplada en la propuesta de Directiva de la CEE de 1 de septiembre de 1989 (DOCE n.º C 251/3 de 4 de octubre) relativa a la responsabilidad civil de los daños y perjuicios causados al medio ambiente originados por residuos, que en su artículo 5 establece: "Si con arreglo a la presente Directiva, fueran varios los productores responsables del mismo daño o de los mismos perjuicios al medio ambiente, la responsabilidad de los mismos será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional relativas al derecho a repetir contra los corresponsables".

La línea de la solidaridad parece, pues, que se impone, lo que por otra parte resulta especialmente justificado en el ámbito de daños por inmisiones nocivas, dado que, como anteriormente apuntábamos, es un campo especialmente apto para que se den supuestos en los que, acreditado el daño, difícilmente puede determinarse, si concurre más de una instalación a la producción del mismo, la parte que en dicho daño es imputable a cada una de ellas. Y aun en el supuesto en que fuera posible al Tribunal la fijación de la cuota que corresponda a cada actividad participante, esto sólo operaría a efectos de sus relaciones internas, sin que necesariamente tenga que impedir la declaración de solidaridad de los responsables frente al perjudicado.

¹⁴⁰ La Cruz Berdejo, José Luis (p. 536). *Elementos II.1.*^a Ed.

Si bien la Ley General del Ambiente no establece en un artículo la responsabilidad ambiental solidaria, pero por una interpretación sistemática y en aplicación del artículo 1983, la presunción de la responsabilidad solidaria se encuentra establecida frente a los diversos agentes contaminantes.

Cabe agregar que la misma norma bajo comentario, ha introducido una responsabilidad adicional, solidaria entre los titulares de las actividades causantes de la infracción y los profesionales o técnicos responsables de la mala elaboración o la inadecuada aplicación de instrumentos de gestión ambiental de los proyectos, obras o actividades que causaron el daño.

3.10. La responsabilidad ambiental en la Ley General del Ambiente

La Ley General del Ambiente (en adelante, LGA), nos presenta una regulación dual de la responsabilidad civil ambiental, lo cual desde luego represente ventajas y desventajas desde las posiciones que se podrían adoptar respecto a los daños ambientales, pues al regular el sistema objetivo y el sistema subjetivo, se tomaron diversas posiciones en sede nacional.

Todo esto confronta con la tradición de algunos profesores al precisar que el daño ambiental por excelencia recae en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual¹⁴¹ (nosotros compartimos esta posición),¹⁴² por lo que se debe de tener en cuenta la regulación dual de la responsabilidad (contractual y extracontractual).

¹⁴¹ Soto, Carlos (p. 318). "El derecho frente a los depredadores del medio ambiente: reflexiones en torno al daño ambiental". *Advocatus* (Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), n.º 13. Asimismo, consideramos que esta responsabilidad debe ser eminentemente objetiva, no siendo necesaria la prueba de la culpa del agente del daño, sino únicamente la existencia del daño, mediante el factor de atribución objetivo se prescinde de la culpa para imputar la responsabilidad por los daños ambientales. El factor objetivo se fundaría en el riesgo que generan ciertas actividades que se desarrollan o determinados bienes que se utilizan. Por consiguiente, la responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente será imputable al agente, aun cuando éste demuestre su ausencia de culpa.

¹⁴² Vidal Ramos, Roger, (junio: 2008. p. 102) "La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano". *Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y Público*. Lima: Normas Legales.

Frente a los daños al medio ambiente, tenemos una serie de imprecisiones: en principio, será muy difícil aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, salvo que exista un contrato entre un sujeto que potencialmente ocasione daños al medio ambiente y la comunidad que potencialmente los asuma. Por ejemplo, un contrato que obliga contractualmente a no causar daños al medio ambiente; en este caso, si la empresa causa un daño, estaría incumpliendo el contrato y, por lo tanto, la comunidad podría solicitar la indemnización aplicando las reglas de la responsabilidad civil contractual. Aunque este hecho puede sonar irónico, tal vez, en un futuro, por las exigencias ambientales se podría dar esta figura contractual.

Nuestra posición se dirige a que la responsabilidad civil por daño ambiental, en esencia, es una responsabilidad *aquiliana*, relacionada directamente a la teoría objetiva del “riesgo creado”. Como las reglas de la responsabilidad contractual no son eficaces frente a los daños al medio ambiente, debemos recurrir a las normas de la responsabilidad civil extracontractual; no obstante, primero hay que distinguir los daños ambientales que en forma inmediata causan un daño a una persona y/o su patrimonio, en particular, de los daños ambientales que además de dañar el medio ambiente causan daños directos a las personas y/o a su patrimonio.

La responsabilidad civil presenta una dificultad en cuanto a la reparación de daños ambientales, ya que en la mayoría de los casos esta se encuentra dirigida a reparar daños específicos de persona individualizada o en sus bienes, dejándose de lado el restablecimiento del ecosistema.¹⁴³

Consideramos que en el sistema peruano, a pesar de todas sus limitaciones, la responsabilidad por daños ambientales puede encauzarse al restablecimiento del medio ambiente, por cuanto la Ley General del Ambiente permite que la

¹⁴³ Casas, Sergio (2008, p. 147). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

indemnización pueda ser administrada por el gobierno local, con la finalidad de que se puedan restablecer las condiciones ambientales del lugar contaminado, siendo esta situación una alejada realidad.

En el caso de los daños por contaminación, dado que el daño es resultado de una multiplicidad de acciones, realizadas, posiblemente, por diversas personas naturales o jurídicas.

En efecto, el artículo 1983 establece que si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente. De esta manera, aquél que sufra de alergias por las emanaciones de las fábricas de harina de pescado, no tiene que preocuparse en individualizar la fábrica en cuanto a la partícula que le causó el daño: todas contribuyeron a crear la atmósfera dañina.

El artículo 1186 del Código establece que, tratándose de obligaciones solidarias, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente; y que las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para que, posteriormente, se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo.

En consecuencia, las víctimas, amparándose en la solidaridad de los responsables, pueden demandar a todas, a un grupo o a cualquiera de las fábricas contaminantes; y, habiendo la víctima demandado ya a una de las fábricas, puede demandar a otra mientras no se le haya pagado la indemnización.

3.11. Régimen dual de la responsabilidad civil ambiental en la Ley General del Ambiente

La Ley General del Ambiente regula la responsabilidad civil en forma dual; es decir, la responsabilidad civil objetiva y la responsabilidad civil subjetiva, regulación que no tiene mucha aceptación en doctrina nacional por considerar que la responsabilidad civil por daños ambientales es, por excelencia,

extracontractual.

El texto de la Ley General del Ambiente es el siguiente:

Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso; o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

Artículo 145.- De la responsabilidad subjetiva

La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente.

3.11.1. La responsabilidad ambiental objetiva

La responsabilidad obtenida se caracteriza por no tener en cuenta un elemento que solía ser esencial para poder apreciar la existencia de responsabilidad: la culpa. Para que la responsabilidad civil por daños al medio ambiente tenga un carácter objetivo, debe probarse que los daños se han producido por aquellas actividades que conllevan al riesgo o peligro.

El artículo 144 de la LGA, señala que la responsabilidad objetiva se deriva del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso.

En estos supuestos, el sujeto generador del daño suele ser, pero no siempre,

una persona jurídica que desarrolla actividad lucrativa que conlleva a un riesgo inherente (por ejemplo, producción y transporte de sustancias peligrosas) o cuando no produce un daño manifiesto (por ejemplo, contaminación por no tener filtros adecuados).

La responsabilidad objetiva significa que no es necesario probar la culpa del causante, sino sólo el hecho de que la acción (u omisión) causó el daño. A primera vista, la responsabilidad basada en la culpa puede parecer más eficaz desde el punto de vista económico que la responsabilidad objetiva, en la medida en que los incentivos a los costos de descontaminación no superan los beneficios de la reducción de las emisiones.¹⁴⁴

Bajo esta premisa, el demandante sólo debe probar la relación de causalidad entre el hecho dañoso-contaminador y el daño ambiental.

Sin embargo, diversos regímenes nacionales e internacionales de responsabilidad ambiental recientemente adoptados tiene como base el principio de responsabilidad objetiva, pues parten del supuesto de que el mismo favorece la consecución de los objetivos medioambientales. Una de las razones para ello, es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental.

Otro motivo del planteamiento, según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa, no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma. Todos estos argumentos justifican la adopción de un régimen comunitario, basados como norma general, en la responsabilidad objetiva.

De acuerdo a lo establecido en la LGA, esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a

¹⁴⁴ Comisión Europea (2000, p. 19). *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*. Luxemburgo.

asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización, los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir (artículo 114 de la LGA).

La consecuencia de establecer supuestos de responsabilidad objetiva es que, al ser más fácil ganar un caso para el demandante (ya que no tiene que probar el factor de atribución) se indemnizarán más daños ambientales, reasignándose el costo del daño en un número mayor que el de la responsabilidad subjetiva. Por ello, debe fijarse ese tipo de responsabilidad cuando usualmente es el agente realizador de la conducta riesgosa o peligrosa, el que está en mejor posibilidad de invertir en la precaución necesaria para evitar el accidente.¹⁴⁵

No compartimos del todo esta posición, por cuanto los demandantes por daño ambiental, no tienen ninguna facilidad al momento de acudir a la responsabilidad civil objetiva. De más está comentar los problemas económicos y procesales que enfrentan —en el acceso a la justicia ambiental—, es mucho más complicado que el agente contaminador pueda invertir un presupuesto para evitar accidentes, siendo que el riesgo creado es la forma más viable y práctica de asignar una responsabilidad ambiental.

3.11.2. La responsabilidad ambiental subjetiva

Este tipo de responsabilidad se configura en los casos en que el daño no se deriva del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso, ni del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de

¹⁴⁵ Reggiardo, Mario (p. 115). *Ob. cit.*

mediar dolo o culpa (negligencia).

El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente. Es decir, el demandado tiene la carga de ofrecer los medios de prueba que acrediten que ha actuado con diligencia. Sin embargo, dado que ni el artículo 1969 del Código Civil ni el artículo 145 de la LGA presumen el dolo o culpa del agresor, el demandante tiene el derecho de acreditar, por su cuenta, que el demandado actuó de modo negligente.

En referencia a ello, De Trazegnies¹⁴⁶ señala que queda en claro, evidentemente, que la inversión de la carga de la prueba no puede comprender el caso de dolo, porque el dolo no se presume nunca.

Por consiguiente, si el demandante se limita a probar el daño y el nexo causal, de suponerse *iuris tantum* que ha habido, simplemente, culpa, lo que es suficiente para hacer al demandado responsable, dentro de los alcances del artículo 1969 del Código Civil.

Si el demandante tuviera interés en dejar restablecido que no sólo hubo culpa, sino incluso dolo (aunque ello parece irrelevante para los efectos de la responsabilidad extracontractual), la inversión de la carga de la prueba no lo ayudaría en ese punto y estaría obligado a probar el dolo del autor del daño. Sin embargo, si se ha probado la negligencia, es irrelevante el dolo para efectos civiles, ya que el monto de la indemnización será el mismo.¹⁴⁷

En materia ambiental peruana, el criterio de diligencia de la responsabilidad subjetiva se establece a partir del Límite Máximo Permisible (LMP), cuyo estándar a tener en cuenta, es de cumplimiento obligatorio.

El LMP establece las medidas de la concentración o grado de elementos,

¹⁴⁶ De Trazegnies Granda, Fernando (tomo II, p. 165). *La responsabilidad extracontractual. Ob. cit.*

¹⁴⁷ Reggiardo Saavedra, Mario (p. 115). *Ob. cit.*

sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedido causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (artículo 32.1 de la LGA).¹⁴⁸

El LMP es de aplicación obligatoria en las normas y políticas sobre instrumentos de gestión ambiental y guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en el Estándar de Calidad Ambiental¹⁴⁹ (artículo 32.2 de la LGA).¹⁵⁰ La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia.

En consecuencia, no es razonable aplicar sanciones ni imputar responsabilidades, dentro del estándar creado para medir la capacidad de contaminación, porque si los actores actúan dentro de los LMP para sus respectivas actividades, y aun así hay daños no tolerables en la fuente receptora, significa que los ECA son inadecuados y corresponde al Estado reformularlos.

¹⁴⁸ Artículo 32.1 de la Ley General del Ambiente

32.1. El Límite Máximo Permisible (LMP), es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedido causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

¹⁴⁹ El Estándar de Calidad Ambiental (ECA), establece el nivel de concentración o del grado de elementos presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni para el equilibrio del medio ambiente. El ECA es obligatorio en el diseño de las normas legales y las políticas públicas, con referente indispensable en el diseño y aplicación de todos los instrumentos de gestión ambiental. En este sentido, el ECA proporciona valores en función del impacto acumulado que producen las emisiones o afluentes en la fuente receptora (aire, agua o suelo). Sobre esta base se estipula cuándo se estima tolerable para la salud y el ambiente.

¹⁵⁰ Artículo 32.2 de la Ley General del Ambiente

32.2. El LMP guarda coherencia entre el nivel de protección ambiental establecido para una fuente determinada y los niveles generales que se establecen en los ECA. La implementación de estos instrumentos debe asegurar que no se exceda la capacidad de carga de los ecosistemas, de acuerdo con las normas sobre la materia.

El costo de probar la falta de diligencia en la responsabilidad subjetiva genera que éste sea más alto, que existan menos probabilidades de ganar el caso y, por lo tanto, se inicien menos procesos, lo cual no se debe confundir con una restricción a la protección del medio ambiente.

En otras palabras, si se comprueba que el supuesto agente dañoso ocasionó un daño ambiental como consecuencia de su actuación, la cual, sin embargo, se encuentra dentro de los límites establecidos en los LMP, se entiende que el agente ha actuado de manera diligente y que, por lo tanto, no existe culpa en su conducta.

Dentro de la responsabilidad civil subjetiva, el LMP fija el estándar que debe seguir el agente en el caso de actividades industriales no riesgosas, por lo que, independientemente de si éste está en la capacidad o no de prever y prevenir el daño, lo único que se le exige es que actúe dentro de los LMP establecidos. En ello radica la diferencia con la responsabilidad objetiva, en la cual el potencial agente dañoso va a tener que invertir más allá de lo que diga el LPM, porque, así lo cumpla, va a estar obligado a indemnizar.

3.12. Eximentes de responsabilidad ambiental

La Ley General del Ambiente admite circunstancias eximentes y atenuantes habitualmente aceptadas, como en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, de contribución a los daños o consentimiento del demandante o de intervención de un tercero como ejemplo de esta última circunstancia.

Cabe mencionarse las situaciones en las que el operador haya causado daños al llevar a cabo una actividad, en cumplimiento de una orden ineludible emanada de una autoridad pública.

Analizaremos en forma breve el significado de caso fortuito o fuerza mayor en

el Código Civil peruano.

La figura del caso fortuito y la fuerza mayor está contemplada en el numeral 1315 del Código Civil peruano, el mismo que prescribe lo siguiente:

Artículo 1315.- “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible, irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. (El resaltado y subrayado son nuestros).

Para Josserand,¹⁵¹ fuerza mayor es la causa exterior al supuesto responsable, por ejemplo, a determinada empresa. Es la fuerza que ha irrumpido desde fuera en el círculo de los dos adversarios (acreedor y deudor). Una inundación, el estado de guerra, la revolución, el hecho del príncipe (es decir, la orden emanada de la autoridad), y aun los hechos de terceros, serían ejemplos de fuerza mayor. En cambio, caso fortuito es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa. El incendio, la explosión de una caldera, constituirían casos fortuitos.

Héctor Lafaille,¹⁵² admitiendo la equiparidad sostiene que, a partir de *El Digesto* se estableció una distinción, designando bajo el nombre de caso fortuito “a los hechos de la naturaleza” y bajo la denominación de fuerza mayor “a los procederes de la autoridad”.

El caso fortuito obedecería, pues, a las fuerzas físicas de la naturaleza o de Dios (*Act of God*, según la expresión del Derecho anglosajón) y la fuerza mayor al “acto del príncipe”, al *factum principis*, incorporándose en este último concepto, además, ciertos hechos de terceros.

¹⁵¹ Josserand, Louis (1952, p. 339). *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II, volumen II. Traducido por Cunchillos y Manterota. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores. Ediciones Jurídicas Europa-América.

¹⁵² Lafaille, Héctor (vol. I, tomo VI, p.180). *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

En ese sentido, el caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista objetivo, es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable. Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta. No hay autoría moral. Y como nadie puede ser obligado, sino en la medida de sus fuerzas y de su libertad, los hechos acaecidos por causas extraordinarias, imprevisibles e inevitables, extrañas a la voluntad, eximen de responsabilidad al deudor.

El efecto principal del caso fortuito o de fuerza mayor en materia ambiental vendría a ser la irresponsabilidad del agente contaminante, por haber sobrepasado el acto dañoso, la esfera de riesgo o tolerancia ambiental, por lo cual el agente no pudo haber previsto ni resistir el acontecimiento extraordinario que le impidió cumplir con la normativa ambiental establecida.

De Ángel, al hablar de los grandes desastres ecológicos, formula los rasgos que las catástrofes por caso fortuito o fuerza mayor pueden revestir.

A continuación, una breve descripción de éstos:

- En muchas ocasiones, los hechos dañosos pueden ser calificados como despersonalizados o anónimos, por cuanto son consecuencia de la circulación de productos industriales o del ejercicio de determinadas actividades; “contaminación por sinergia”, esto es, aquélla causada por vertimientos que, aisladamente, quizá no afectarían de modo sensible al medio ambiente, pero que concurriendo unos con otros, ocasionan un resultado de más o menos considerables dimensiones.
- Se trata de daños que son humanamente inevitables, de lo cual el autor deriva la posibilidad de nuevos elementos

Según el interés de grupos empresariales, también debería admitirse la existencia de atenuantes cuando se produzcan daños causados por vertimientos autorizados con arreglo a la normativa ambiental, en ámbitos

como los de las tecnologías punta y el desarrollo tecnológico.

Existen, asimismo, motivos económicos por los que dichos operadores han de poder prever el grado de responsabilidad de cara a terceros, si bien, en cualquier caso, la existencia y el alcance de la responsabilidad son resultado de un proceso dinámico (cambios en la legislación y la jurisprudencia, avances médicos, etc.). Con todo, las circunstancias eximentes y atenuantes de este tipo no suelen aceptarse en los regímenes tradicionales de responsabilidad civil.¹⁵³

Los eximentes que señala la Ley General del Ambiente,¹⁵⁴ son tres:

- a) *Cuando concorra una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta Ley.*

Por este supuesto de eximente de responsabilidad ambiental, podríamos entender que aquel campesino que teniendo conocimiento de que las aguas de la laguna están siendo contaminadas mediante acción u omisión, utiliza esta agua para su consumo y el regadío de sus cultivos, con lo cual la empresa que contaminó la laguna, estaría liberándose de responsabilidad ambiental, por ser dolosa la conducta u omisión por parte del campesino; y no siendo el daño ambiental factible de ser indemnizado, qué sucedería si el campesino actuó con culpa o desconocimiento, o por necesidad de utilizar el agua —por ser la única

¹⁵³ Comisión Europea (2000, p. 20). *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*. Ob. cit.

¹⁵⁴ Artículo 146.- De las causas eximentes de responsabilidad

No existirá responsabilidad en los siguientes supuestos:

- a) Cuando concurren una acción u omisión dolosa de la persona que hubiera sufrido un daño resarcible de acuerdo con esta Ley.
- b) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible.
- c) Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento por su parte del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión.

fuentes—. Es importante determinar que primero la laguna sufrió alguna forma de contaminación, con lo cual la aplicación de este supuesto es complicado de ser aceptado o aplicado.

- b) *Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente tenga su causa exclusiva en un suceso inevitable o irresistible.*

Esta causal es razonable, comprendida desde la teoría del caso fortuito o fuerza mayor, siempre y cuando que por hechos o desastres naturales, terremotos, huaycos, tsunamis y otros hechos ajenos a la voluntad del agente y que sobrepasen sus diferentes mecanismos de gestión y prevención ambiental, podrían eximirse de responsabilidad bajo ciertos criterios de certeza científica, que acrediten que el agente se vio imposibilitado de tomar las medidas de prevención y mitigación de los daños ambientales.

Un ejemplo podría ser aquella empresa minera que dentro de sus instalaciones y su circunscripción sufre un terremoto, y debido a este hecho se desprende el muro de la planta de tratamiento de relaves mineros, los cuales, por el impacto del terremoto se descargan al río y los pastizales de las comunidades campesinas, de alguna forma, en teoría podría presentarse como una eximente de responsabilidad. Sin embargo, por otro lado, al existir daños ambientales en forma automática, nace el derecho de indemnización por daños ambientales.

- c) *Cuando el daño o el deterioro del medio ambiente haya sido causado por una acción y omisión no contraria a la normativa aplicable, que haya tenido lugar con el previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento, por su parte, del riesgo que corría de sufrir alguna consecuencia dañosa derivada de tal o cual acción u omisión.*

Nos parece que este eximente de responsabilidad ambiental, se relaciona al principio de legalidad. Es decir, cuando exista una actividad

que dañe o deteriore el medio ambiente, pero que la acción y omisión no se encuentre legislada, se tendría que eximir al sujeto luego de un previo consentimiento del perjudicado y con conocimiento del riesgo de sufrir algún daño.

Cabe precisar que este consentimiento tendría que ser brindado por el Estado o la(s) persona(s), por cuanto son quienes valoran la probabilidad de aceptar ciertas condiciones que les puedan producir o no daños ambientales.

Si fuera el Estado el que decidiese que se tiene que brindar facilidades a una empresa minera, sabiendo que existen riesgos ambientales, la autorización del Estado exime de responsabilidad ambiental a la empresa minera; y si el consentimiento fuera por parte de comuneros de una comunidad campesina, que acuerdan pactar con una empresa minera el uso compartido de las aguas de la laguna, pero que por caso fortuito y fuerza mayor, la laguna se contamina y con ello se perjudica toda la comunidad, pero advertimos que cualquier acuerdo o previo consentimiento que contravenga derechos fundamentales, sería nulo *ipso iure*.

3.13. Las indemnizaciones

La LGA establece que toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los daños o riesgos que genere sobre el ambiente, pagando una compensación.¹⁵⁵ Esto es más conocido como el principio contaminador-pagador, extendiéndose el costo a las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación.

¹⁵⁵ Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

Sin estar establecido con claridad, dicho sistema establece dos tipos de daños, los producidos al ambiente en sí y los producidos a la salud o patrimonio de las personas. En el primer caso, el proceso que debe seguirse es el de patrocinio de intereses difusos, mientras que en el segundo caso a tratarse de un daño individualizado debe iniciarse un proceso civil ordinario.

Respecto al monto a solicitar como indemnización ambiental, tendría que aplicarse las reglas del Código Civil sobre lucro cesante, daño emergente y daño moral, siendo que las partes deberán de acreditar y justificar los daños ambientales sufridos, no siendo nada fácil esto, por cuanto los daños ambientales individuales pueden ser relacionados a la salud, el patrimonio y la moral, pero de alguna forma, mediante los peritajes y según el criterio de cada accionante, los montos que se pretenden obtener como indemnización, son totalmente libres.

Tema distinto es cuando el daño ambiental repercute en la esfera pública y vulnera el derecho de numerosas personas.

Imaginemos que una empresa contamina la laguna de una comunidad campesina. Sería muy complicado determinar y, sobre todo, cuantificar el daño causado al medio ambiente y el daño individual causado a cada persona, siendo que cada sujeto tiene una recepción del daño ambiental distinta. Sin duda, los juzgados tendrán un arduo trabajo al determinar cuáles son los montos indemnizatorios más cercanos a los daños ambientales individuales y colectivos.

No existe una regulación procesal específica para las pretensiones individuales de indemnización por responsabilidad extracontractual. Las reglas procesales serán las generales del Código Procesal Civil, y la vía procedimental se determina a partir de la cuantía de la pretensión.

3.14. La Carga de la Prueba

En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño.

Por ese motivo, diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba a favor del demandante, por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad.

La dificultad de la prueba que determine con certeza la relación de causa y efecto, entre la actividad desplegada y el daño acaecido, es el gran inconveniente que experimenta la responsabilidad, pero lo es aún más cuando el daño se causa al medio ambiente.

Según Casas,¹⁵⁶ existen circunstancias que constituyen el núcleo del problema respecto a la carga de la prueba, siendo las siguientes:

- i. La determinación del sujeto o sujetos que causaron el daño.
- ii. La falta de inmediación espacial y temporal de la fuente del perjuicio.
- iii. La multiplicidad de fuentes emisoras.
- iv. El daño se presenta como consecuencia de una serie de causas, provenientes de diversas fuentes que en algunos casos son de posible determinación, pero que en otras resultan desconocidas.
- v. Estos daños no siempre se exteriorizan de manera inmediata; sus efectos nocivos pueden llegar a presentarse en un dilatado y progresivo espacio de tiempo.

¹⁵⁶ Casas, Sergio (p. 156). *Ob. cit.*

Frente a estos problemas hay una serie de planteamientos que tienen por finalidad resolver el inconveniente de la imputación en materia ambiental.

Los procesos de contaminación ambiental en su gran mayoría son borrosos, vagos, indeterminados, progresivos, incluso en algunos casos hasta desconocidos y de muy difícil individualización.

Por tal razón, la comprobación de lo que produjo tales fenómenos resulta en algunas circunstancias casi imposible, tanto desde el punto de vista económico como científico; esta problemática se presenta porque los procesos contaminantes afectan de manera indistinta todo el hábitat natural (flora, fauna, aire, etc.), ya sea de manera directa o indirecta, lo que conduce a no tener certeza en la causa que generó el resultado; y, por consiguiente, la imposibilidad de establecer de manera clara y precisa la prueba de la imputación.

Para poder establecer quién es el agente contaminante, es necesario partir de un conjunto de presunciones directas o indirectas de causalidad, modificando las reglas generales de carga de la prueba; es por ello que el demandado es el llamado a demostrar la inexistencia de la relación de causalidad entre su actividad y el daño.

Se traslada así la carga de la prueba de la víctima al sujeto agente. Si existe un cúmulo de indicios que nos permitan deducir que una persona natural o jurídica produjo un daño, se presumirá que éste lo ha causado, salvo que se pruebe lo contrario; por lo tanto, se parte de unos supuestos de probabilidad, ya que el deber jurídico de reparar se plantea en términos de probabilidad de las acciones frente al daño acaecido.

3.15. El Principio contaminador-pagador

El principio contaminador-pagador, o internalización de costos¹⁵⁷ ambientales, surge del Derecho Internacional Ambiental, implica que los gastos relativos a la prevención y restauración de la contaminación ambiental han de ser sufragados directamente por las partes responsables del daño causado, en lugar de serlo por el conjunto de la sociedad.

La Declaración de Río de 1992 (principio 16) se pronuncia en los siguientes términos: “el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

Las implicancias prácticas, señala Sands, las podemos encontrar en: “la distribución de las obligaciones económicas en relación a las actividades ambientalmente perjudiciales, particularmente, en relación a la responsabilidad, el uso de instrumentos económicos y la aplicación de reglas relativas a competencia y subsidio.”¹⁵⁸

De no aplicarse el principio “quien contamina paga” para cubrir los gastos de reparación de daños ambientales, el medio ambiente quedaría sin restaurarse, o es el Estado o, en última instancia, el contribuyente, quien tendría que asumir estos costos ambientales.

Por eso el primer objetivo es responsabilizar al contaminador por los daños que causa, si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costos relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación

¹⁵⁷ Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

¹⁵⁸ Sands, Philippe (1995, vol. I, p. 219). *Principles of International Environmental Law*. Nueva York: Manchester University Press.

hasta el punto en que el costo marginal no superó lo permitido por ley.

El principio contaminador-pagador es fundamental para el sistema de responsabilidad civil por daños ambientales, por cuanto obliga al agente contaminador a asumir el costo de sus actividades contaminantes. De esta forma, tiene una doble función preventiva y pecuniaria, que ayudará a incentivar el cumplimiento de la normativa ambiental y obligará a tener en cuenta los costos ambientales de toda actividad industrial.

Es importante tomar en consideración el principio de equidad, en determinadas circunstancias, puede resultar injusto que el contaminador tenga que abonar la compensación total de los daños que haya causado.

Los tribunales (o cualquier otra autoridad competente, incluso un árbitro) podrían disponer de cierto margen de apreciación que les permitiera decidir — por ejemplo, cuando el operador responsable pueda demostrar que los daños fueron causados única y exclusivamente por emisiones explícitamente autorizadas en un permiso— que de una parte de la compensación no debe correr por cuenta del contaminador, sino de la autoridad que haya concedido el permiso. Convendría definir otros, criterios en el marco de esta disposición como, por ejemplo, que el operador responsable haya hecho todo lo posible para evitar los daños.

3.16. El principio precautorio

La Ley General del Ambiente en el artículo VII, define la importancia del principio precautorio, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

La declaración de Río de Janeiro de 1992, recoge este principio de la siguiente forma:

Con el fin de proteger el medio ambiente los Estados deberán aplicar ampliamente el principio precautorio conforme a sus capacidades, cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

El elemento central en este concepto es el de anticipación, reflejando una necesidad por hacer efectivas las medidas ambientales basadas sobre acciones que se toman a largo plazo y las cuales podrían predecir cambios en las bases de nuestros conocimientos científicos.¹⁵⁹

No obstante, y aun cuando este principio tenga como finalidad proteger al medio ambiente antes que una situación de riesgo lo haya puesto en peligro, se han generado discrepancias a la aplicación de la aproximación precautoria, por lo que: unos consideran que debe aplicarse para casos muy graves de amenazas al medio ambiente, como es el cambio climático o el deterioro de la capa de ozono, y otros manifiestan su oposición rotunda por la posibilidad de sobre regular y limitar la actividad humana.¹⁶⁰

3.17. El principio de responsabilidad ambiental

El principio de responsabilidad ambiental,¹⁶¹ atribuye al causante de la degradación, contaminación o alteración del medio ambiente, una obligación inexcusable de indemnizar por los daños ambientales ocasionados, por intermedio de las medidas de restauración, rehabilitación o reparación, y si no fuera posible, a pagar por los daños ocasionados.

¹⁵⁹ Sands, Philippe (p. 210). *Ob. cit.*

¹⁶⁰ Vera Esquivel, Germán (2003, p. 88). *Derecho Internacional Ambiental*. AA.VV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁶¹ Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

Permitiéndose en todo momento accionar por la responsabilidad civil, penal y administrativa, entendemos que el principio de responsabilidad civil ambiental constituye la base de política ambiental del Estado, que tenga por finalidad, primero la prevención de daños ambientales, y segundo, la facultad sancionadora ante cualquier persona jurídica o natural que amenace o vulnere los derechos ambientales individuales y colectivos, ampliando su alcance a las responsabilidades ambientales en materia administrativa, penal y civil.

3.18. El principio de prevención en la responsabilidad ambiental

La LGA, tiene como uno de sus principales aportes dentro de los diferentes mecanismos de gestión ambiental, la aplicación del principio de prevención,¹⁶² entendida como aquella acción que tiene por finalidad eliminar cualquier forma de contaminación y una vez detectada alguna amenaza adoptar las medidas de mitigación, recuperación, restauración y fijar una eventual indemnización según corresponda.

El profesor De Cupis se refiere a que la prevención del daño puede, incluso, quedar a cargo de la persona que teme ser víctima del mismo, pudiendo adoptar frente al posible causante medidas idóneas para prevenirlo, impidiendo su realización. Así, en las obligaciones impuestas para tutelar a determinadas personas (por ejemplo, la tutela del trabajador dentro de la empresa); que permite exigir la observancia de tales medidas, pudiendo reclamarlas judicialmente para que el obligado sea condenado a su observancia.¹⁶³

En los derechos reales pueden producirse estas medidas preventivas para tutelar el interés de una persona en un derecho real de goce o incluso el mismo poseedor. Esta tutela preventiva, se desenvuelve por medio de acciones de

¹⁶² Artículo VI.- Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

¹⁶³ De Cupis, Adriano (p. 573). *Ob. cit.*

denuncia, dirigidas a impedir que se perfeccione la fuente del peligro o a obtener que tal peligro desplace; no contra cualquier peligro que pueda causar daño, sino contra el proveniente de una situación objetiva en un determinado lugar y a causa de una obra nueva iniciativa o no concluida.¹⁶⁴

Consideramos que la responsabilidad civil ambiental constituye uno de los mecanismos idóneos para la protección y preservación del medio ambiente y sus diversos componentes, ya que se permite que aquellos que causan daños sean obligados a repararlos, siempre y cuando se de los presupuesto para ello. Además, la responsabilidad juega un segundo rol de relevancia en cuanto a su prevención; por tal razón debe de *priorizarse la prevención sobre la reparación*. El deber jurídico de resarcir el perjuicio ocasionado producirá en el causante el deseo de no reincidir en el acto que dio nacimiento al hecho dañino, ya que de hacerlo estaría nuevamente sometido a la carga reparatoria.¹⁶⁵

Mosset Iturraspe se une a la posición mayoritaria de la doctrina, al resaltar que en materia de daño ambiental debe jugar “una doble estructura”, la preventiva y la reparadora; cada una con sanciones apropiadas al comportamiento o no preventivo y el dañador.¹⁶⁶

Una forma de prevención consiste en que las empresas o personas naturales utilicen las medidas necesarias para reducir y no producir los daños ambientales, siendo estas medidas coercitivas por sanciones civiles, penales y administrativas, que tendrán que ser incorporadas a la política ambiental del Estado para obtener un verdadero valor de desincentivar actividades contaminantes.

Es mucho más razonable y económico adoptar medidas preventivas, que indemnizar por efectuar daños ambientales, siendo que muchas compañías extractivas no incorporan los costos ambientales en sus actividades

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Casas, Sergio (pp. 145 y ss.). *Ob. cit.*

¹⁶⁶ Mosset Iturraspe, Jorge (p. 74). *Ob. cit.*

empresariales.

En este sentido, la indemnización plena debe tener como norte el restablecimiento de la situación jurídica alterada por el daño, y comprende no sólo la restitución de las cosas al ser y al estado previo de la ocurrencia del hecho dañino, o inclusive, el otorgamiento del subrogado pecuniario, sino que pueden ampliarse a la ejecución de las actividades o medidas encauzadas a evitar la producción de futuros daños.¹⁶⁷

Para algunos autores, la reparación *in natura* en materia ambiental resulta imposible cuando se presenta ciertas circunstancias, por lo que consideran viable otorgar el subrogado pecuniario, a la que solo se puede acudir cuando la reposición y restitución en especie no es posible. El inconveniente de esta posición es que se reduce a la reparación del daño que repercute en un patrimonio privado y no se refiere al que se lesiona de manera exclusiva los componentes de la naturaleza, a diferencia de la reparación *in natura*.

Si consideramos que los daños ambientales son irreparables, dado su significado valor, sea en la esfera pública o privada, mediante el principio de prevención se podría solicitar la cesación de una actividad productora de daños ambientales aplicando el principio precautorio y de prevención de la Ley General del Ambiente.

En este sentido, De Cupis indica que el remedio del daño no tiene carácter meramente preventivo cuando se produce a causa de una actividad que ha originado, no un temor sino un auténtico peligro de daño; es decir, una actividad que ha comenzado a desarrollar su eficacia lesiva y que, por tanto, la prevención se encamina a desarrollar su eficacia lesiva y que, en consecuencia, la prevención se encamina a contrarrestar el desarrollo del daño para hacer cesar aquella actividad. El remedio consiste en la facultad de obtener la cesación de la actividad lesiva y, por ende, pretende paralizar el daño deteniendo su desarrollo, por lo que puede considerarse como un efecto

¹⁶⁷ Casas, Sergio (p. 148). *Ob. cit.*

jurídico del daño, o una reacción jurídica contra el mismo.¹⁶⁸

Este remedio pretende prevenir el daño posterior, pues una vez que el daño ha comenzado, se desenvuelve en una situación dañosa. El objeto de este remedio es el daño todavía no producido que podría, posteriormente, ser causado por la actividad iniciada, si tal actividad fuese proseguida. Bajo tal aspecto, este remedio desempeña una función preventiva; si bien tal función aparece después de que el daño ha empezado a producirse.

Para impedir la posterior producción del daño, el remedio a que nos estamos refiriendo pretende atacarlo en su raíz, deteniéndolo, haciendo cesar la actividad perjudicial.¹⁶⁹

3.19. El principio de reparación del daño

La Ley General del Ambiente entiende que el concepto de reparación por daño ambiental, engloba la restauración del ambiente o sus componentes afectados por el daño ambiental, así como la indemnización económica según los intereses afectados.

En ese sentido, no están comprendidas en la reparación por daño ambiental, las medidas de prevención, mitigación, monitoreo y vigilancia, aunque sí se encuentran incluidas dentro de las pretensiones propias de una acción de responsabilidad por daño ambiental.

En opinión de De Cupis, el resarcimiento o reparación quiere equilibrar los intereses en la medida en que han sido perjudicados. Restaurar y nada más

¹⁶⁸ De Cupis, Adriano (p. 577). *Ob. cit.*

¹⁶⁹ *Ibidem*. Es cierto que los problemas que acompañan a la tutela preventiva en este campo son de menor entidad, atendido que el daño ya empezado a producirse y que la actividad que se requiere bloquear ha iniciado su eficacia lesiva. Sin embargo, se pretende combatir el daño obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz, porque tal, preocupación no puede ser completamente extraña al intérprete que pretenda rectamente comprender la extensión y límites de aplicación de este remedio.

que restaurar el equilibrio comprometido por mediación de un equivalente pecuniario. No puede alargarse más, ya que excedería su función reparatoria.¹⁷⁰

El resarcimiento es una reparación que corresponde a la medida del daño. No puede servir para enriquecer al perjudicado, superando tal medida. Semejante enriquecimiento sería extraño a su función reparadora y equilibradora e introduciría, a cargo del responsable, una pena privativa.¹⁷¹

El mismo artículo 148 de la LGA señala que “de no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados.

La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen a los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

La vida, integridad física, así como el ambiente, son bienes jurídicos imposibles de restaurar o rehabilitar por su especial naturaleza. La LGA, por ello, señala que cuando sea materialmente imposible la restauración del medio afectado, el juez deberá prever la realización de tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente y sus elementos.¹⁷²

La obligación del agente de restaurar el ambiente hasta un nivel ecológicamente aceptable, es lo mínimo que se pide aunque no se llegue a la restauración plena o estándar de la restauración del medio afectado. El juez deberá prever la realización de tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o sus elementos.

¹⁷⁰ De Cupis, Adrián (p. 751). *Ob. cit.* Sin embargo, aun siendo su fin meramente reparatorio, el resarcimiento en sí mismo viene a constituir una sanción, impuesta al responsable de la lesión injusta de un interés gravado con tal consecuencia desfavorable la violación de su norma protectora.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 753.

¹⁷² Carhuatoco, Henry (p. 170). *Ob. cit.*

Al respecto, De Miguel de Perales,¹⁷³ sostiene que todo esquema de responsabilidad civil tiende, en último término, a la reparación del daño, ya sea *in natura* o mediante una indemnización en dinero, sin perjuicio de que dentro de la responsabilidad existan otros elementos, como las medidas preventivas que maticen el carácter esencialmente reparador.

En la práctica, la reparación *in natura* es muchas veces muy difícil —sino imposible—, por lo que se suele dar con mucha mayor frecuencia la reparación en metálico.

Debe quedar claro, sin embargo, que se trata de una forma subsidiaria de reparación, a la que sólo se puede (se debe) acudir cuando la reparación específica no es posible; por ejemplo, por la propia naturaleza de las cosas (el bien destruido es único y ha desaparecido).

Si la reparación *in natura* debe prevalecer con carácter general, especial énfasis debe hacerse en los supuestos de daños al medio ambiente, ya que en este caso, aparte del daño a un particular, debe también resarcirse el daño que el medio ambiente ha sufrido en sí mismo, y si bien es cierto que la responsabilidad civil tiene como objetivo primordial el conseguir la reparación del daño en interés del individuo perjudicado.

Si analizamos la jurisprudencia española en materia de responsabilidad civil por daños al medio ambiente, podemos encontrar que nuestro TS manifestó tempranamente que, ante todo, debe perseguirse la reparación en especie, y sólo cuando esto no sea posible, debe acudirse a la indemnización, dentro del ámbito propio de la protección del medio ambiente, las STS del 20 de enero, 3 de febrero y 5 de febrero del 1916.¹⁷⁴

¹⁷³ De Miguel de Perales, Carlos (2002, p. 359). *Derecho español del medio ambiente*. 2.^a Ed. Civitas. Madrid -2002. P. 359.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 400.

3.20. Funciones de la responsabilidad civil ambiental.-

Dentro de las funciones de la responsabilidad civil por daños ambientales, debe de incorporarse los siguientes principios: principio de prevención, principio precautorio, principio de internalización de costos y principio de reparación. La aplicación de estos cuatro principios permitirá que cualquier persona, los abogados y los operadores jurisdiccionales, puedan acudir a los órganos jurisdiccionales con cierto sustento para obtener una indemnización por daños ambientales individuales o colectivos.

Pero tenemos que resaltar que la prevención, a nuestro entender, es la base del sistema de responsabilidad ambiental y el objetivo primordial del derecho de daños. Los daños deben ser evitados a toda costa, ya sea que deriven de hechos lícitos como de infracciones contractuales, de actuaciones u omisiones.

Las funciones de la responsabilidad ambiental obliga al causante de daños al medio ambiente (contaminador) a pagar la reparación de los daños, para que el régimen de responsabilidad sea efectivo, tiene que ser posible establecer tres condiciones: *a) la identidad de los contaminadores; b) cuantificar el daño; y c) establecer una relación de causa-efecto.*

a) Identidad de los contaminadores

Poder identificar a los sujetos contaminadores es una labor complicada debido a que en una actividad contaminante casi siempre es producida por la participación conjunta de varias personas o empresas, siendo difícil de individualizar a los responsables de la contaminación; asimismo, el grado o nivel de contaminación y el tiempo en que se efectúa o el momento del cese de la actividad contaminante. Pero, no cabe la menor duda de que si no se identifica al contaminante, no se puede establecer responsabilidad ambiental alguna.

b) Cuantificación del daño

La cuantificación del daño en un primer momento tendrá que ser efectuada por el sujeto, quien es la víctima del daño, para lo cual se acudirá a lo establecido en el daño no patrimonial —daño a la persona y daño moral— y al daño patrimonial —lucro cesante y daño emergente—, siendo la víctima la encargada de evaluar cuál es el monto dinerario que considere podría en algo reparar los daños causados en su contra.

Si la cuantificación del daño se hiciera sobre un derecho difuso dañado, la cuantificación podría ser muy complicada por el valor incalculable e irreparable del bien ambiental.

¿Cuál sería la cuantificación de un derrame de petróleo en la bahía de paracas?, o ¿una descarga de relaves mineros en una laguna que forma parte de un área natural protegida?

De por sí es difícil establecer un monto indemnizatorio para una persona natural, con mayor razón será más complicado otorgar una cuantificación sobre derechos ambientales difusos, como el derecho al buen clima, la flora, la fauna, y la conservación de los recursos naturales.

La segunda forma de cuantificación del daño, es la que realiza el juez al momento de evaluar los medios probatorios y fundamentos legales por los cuales se pretende atribuir cierto monto dinerario como indemnización ante la causa de una actividad contaminante que produce daños ambientales individuales y colectivos.

c) Establecer una relación de causa-efecto

La importancia de establecer el nexo causal, guarda relación con la

búsqueda de atribuir la responsabilidad de una conducta contaminante a una determinada persona, sin vínculo o relación entre la conducta contaminante y el daño ambiental. Toda pretensión por responsabilidad ambiental no tendría base sólida probatoria, tal vez el problema de establecer un nexo causal en los daños ambientales representa el principal problema al momento de solicitar la indemnización de daños ambientales, ya sea por la complejidad del daño ambiental y por la multiplicidad de agentes contaminantes.

Entre los argumentos que justifican la creación de un régimen peruano de responsabilidad ambiental, se puede considerar la aplicación de tres principios ambientales básicos: quien contamina paga, precautorio y acción preventiva.

Todo agente contaminante está obligado a indemnizar por los daños causados. La cautela relacionada a los fueros judiciales y administrativos que, mediante las medidas cautelares, pueden paralizar los daños ambientales y la acción preventiva por medio del cumplimiento de la normativa ambiental y los mecanismos de gestión ambiental

La responsabilidad ambiental también puede facilitar la adopción de mayores precauciones, mediante la prevención de riesgos y daños, así como fomentar la inversión en el ámbito de la investigación y el desarrollo, con fines de mejorar los conocimientos y las tecnologías.

Otro principio que podría complementar el régimen de responsabilidad civil ambiental, está la aplicación del principio *in dubio pro ambiente* e *in dubio pro salud*, por lo cual, en casos de duda, debe de estarse a favor del ambiente y de la protección de la salud. La incertidumbre no debe invocarse válidamente para no prevenir. Esperar la incertidumbre normalmente nos habilitará solamente para reaccionar y no para una regulación preventiva.

En conclusión, en las líneas preliminares se puede manifestar que existen nuevos preceptos que pueden ser utilizados como fundamentos de la responsabilidad civil ambiental en el sistema peruano, siendo el principio de prevención el más importante, por cuanto relaciona al control por parte del Estado con la exigencia de cumplimiento de la normativa ambiental y el rol de diligencia ambiental que debe cumplir la sociedad en su conjunto.

Asimismo, si en toda actividad empresarial optamos por la prevención, se podría reducir la existencia de daños ambientales. Con ello se podría ahorrar el costo ambiental o dejar de producir externalidades ambientales en perjuicio del Estado y la sociedad.

Capítulo IV

Principios del sistema de responsabilidad civil ambiental en la Ley General del Ambiente

La Ley General del Ambiente n.º 28611, constituye la ley marco de gestión y protección del ambiente y los recursos naturales en el sistema jurídico peruano.

El actual Ministro de la Cartera del Ambiente, Manuel Pulgar-Vidal, con esperanza, señalaba:

La promulgación de octubre del 2005 de la Ley General del Ambiente puede analizarse desde distintas aproximaciones, una de ellas nos llevaría a reflexionar sobre esta ley como la consolidación de un proceso iniciado en 1990 por su antecesor, el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales. Otra, en cambio, podría plantear a esta nueva ley como el deseo y la voluntad positivas de dinamizar un nuevo proceso, más enfocado, basado en la experiencia, pero con nuevos retos y con una visión de un país que como el Perú se encuentra en capacidad de orientarse al desarrollo con respeto del patrimonio ambiental. Por su lado, podríamos pensar que ella ha tenido por objeto ordenar y sistematizar mucho de lo avanzando

desde la normatividad sectorial en los últimos quince años. Finalmente, un análisis detallado de la norma permitirá concluir que sus objetivos centrales son la regulación de los numerosos instrumentos que contribuyen a la gestión ambiental del país. Sea cual fuere el análisis, la norma se encuentra vigente y el reto de su cumplimiento es grande.¹⁷⁵

La promulgación de esta ley por el Congreso fue esperada por diversos sectores, con gran ánimo y esperanzas sobre el impacto real que debería de brindar respecto a la regulación de actividades industriales, mecanismos de gestión ambiental, asignación de responsabilidades y todo lo respecto al acceso y protección de la justicia ambiental. Sin embargo, ya han transcurrido más de seis años y la presente ley sigue careciendo de un reglamento, siendo que para desazón de diversos sectores públicos, privados y comunidades campesinas-nativas, los conflictos ambientales y diversas formas de contaminación se han incrementado, el gobierno y los actores de los conflictos ambientales se encuentran en una disyuntiva de poder tener una ley ambiental especializada, pero que carece de reglamento.

Por tal motivo, su aplicación en los fueros administrativos y jurisdiccionales en supuestos de daños ambientales, cae en un desuso legal e inaplicación, siendo, pues, una ley que brinda un marco teórico y doctrinario de los avances respecto a la incorporación de principios ambientales del Derecho Internacional, tales como el principio de contaminador-pagador, de precaución, prevención, reparación y principio de acceso amplio a la justicia ambiental que sirven de base para establecer un sistema de responsabilidad civil ambiental peruano sólido y efectivo.

En las siguientes líneas nos limitaremos a comentar los artículos del título preliminar y de los capítulos que hagan referencia a la postura y defensa de nuestra tesis.

¹⁷⁵ Pulgar - Vidal. Manuel (2006). Presentación de la Ley General del Ambiente. Lima: Ministerio de Justicia-Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

4.1. Derecho y deber fundamental

El artículo I¹⁷⁶ del Título Preliminar de la LGA en forma acertada eleva a la calidad de derecho fundamental el vivir en un medio ambiente saludable y equilibrado para el desarrollo de la vida.

En tal sentido, este principio concuerda con el aporte del Derecho Ambiental Internacional, la Constitución, el Código Procesal Constitucional y diversos precedentes del Tribunal Constitucional, en los que se brinda la categoría de derecho fundamental al goce del medio ambiente saludable.

Asimismo, se agrega el “deber fundamental” por el cual las instituciones públicas, privadas y todas las personas, puedan contribuir a realizar una efectiva gestión ambiental y proteger el ambiente y sus componentes.

En este sentido, el derecho a un ambiente sano y equilibrado le pertenece a todo individuo y pueblo de la humanidad y, a nuestro entender, uno de los derechos fundamentales en la teoría de los derechos humanos, pues es uno de los presupuestos esenciales para el ejercicio del resto de derechos.¹⁷⁷

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es una consecuencia de la dignidad propia del ser humano, entendida como las condiciones mínimas para el desarrollo del hombre por sí mismo, independientemente de la conducta del individuo como especie, necesitamos un mínimo de recursos para imprimir nuestros valores y no dejar de ser hombres.

¹⁷⁶ Artículo I.- Del derecho y deber fundamental.- Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

¹⁷⁷ Carhuatocto Sandoval. Henry. *Ob. cit.*, p. 27.

En un ambiente contaminado y degradado es imposible que un ser humano pueda desarrollarse y vivir con dignidad; siendo estas circunstancias adversas, envilecería y degradaría su naturaleza. Así como el ser de un pez no podría concebirse sin agua, el hombre no puede ser tal, sin un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, conformando ello parte de su dignidad. En consecuencia, este derecho constitucional, al igual que el resto, forman parte de ese mínimo invulnerable de condiciones que el Estado debe resguardar y garantizar.¹⁷⁸

Al respecto, el profesor Alpa acota que el medio ambiente saludable hace referencia al daño a la salud ocasionado por fenómenos de contaminación; es decir, por fenómenos que inciden en la salud física y psíquica, como efecto de la violación de la integridad del medio ambiente.¹⁷⁹

Los dos tipos de daños —consiguientes a la lesión de intereses ontológicamente diversos entre sí— pueden coexistir, pero también pueden surgir por separado; pueden presentarse fenómenos de violación de la integridad del medio ambiente que no dan lugar a la lesión de la salud, y que sólo alteren el aspecto estético del medio ambiente. Pueden, asimismo, presentarse fenómenos de contaminación que afecten el medio ambiente, pero que no sean jurídicamente relevantes, de acuerdo con la regulación ambiental, porque las actividades productoras de la contaminación se desarrollan dentro de los límites permitidos por las leyes vigentes, pero que ocasionan, de todos modos, una lesión a la salud.

En estos casos, aquellos fenómenos, jurídicamente irrelevantes para efectos de la tutela ambiental devienen jurídicamente relevantes para efectos de la protección de la salud y de la integridad moral de un determinado individuo o de enteras colectividades.¹⁸⁰

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 28-29.

¹⁷⁹ Alpa, Guido (2006, pp. 529-530). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

Este deber debe ser comprendido en su doble dimensión, tanto en la actividad pública y privada, la gestión ambiental, en un primer momento compete, a las distintas instancias administrativas ambientales en sus principales roles de fiscalizador y sancionador que, según la política ambiental nacional deben de estar estructuradas en el control de diversas actividades industriales, mineras, de construcción, y todo lo relacionado con la implementación de los mecanismos de gestión ambiental.

El deber de participación de la gestión ambiental involucra a las diferentes empresas que realizan actividades industriales y extractivas, por cuanto ellos son los que tienen que cumplir la normativa ambiental y evitar cualquier forma de daño ambiental, con la implementación de cada vez mejores mecanismos de calidad ambiental y reducción de actividades contaminantes.

Según lo expuesto, existe un derecho fundamental de participar en la gestión ambiental,¹⁸¹ en la toma de decisiones, definición y aplicación respecto a las políticas ambientales que se adopten en los diferentes niveles de los gobiernos.

Todo derecho de participación en la gestión ambiental tiene que tener un derecho de acceso a la información ambiental.¹⁸² Por este deber de información toda persona tiene pleno acceso a cualquier información, normativa legal, medidas, obras y actividades que puedan perjudicar el goce

¹⁸¹ Artículo III.- Del derecho a la participación en la gestión ambiental

Toda persona tiene el derecho a participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones, así como en la definición y aplicación de las políticas y medidas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. El Estado concerta con la sociedad civil las decisiones y acciones de la gestión ambiental.

¹⁸² Artículo II.- Del derecho de acceso a la información

Toda persona tiene el derecho a acceder adecuada y oportunamente a la información pública sobre las políticas, normas, medidas, obras y actividades que pudieran afectar, directa o indirectamente, el ambiente, sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento.

Toda persona está obligada a proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que éstas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a Ley.

efectivo de los derechos ambientales colectivos e individuales. En tal sentido existe una doble obligación por parte de las instituciones públicas de brindar esta información a simple solicitud de cualquier ciudadano y por parte de las entidades públicas y, con mayor razón, las que tengan competencias ambientales para solicitar a las empresas o personas privadas, información que se requiera para la aplicación de un mejor sistema de gestión ambiental.

Entre otros deberes que se encuentran, tenemos la protección de la salud de las personas, sea la salud pública o privada. Si existe voluntad del cumplimiento de la amplia gama de normativa ambiental, se evita la contaminación de la salud, no existe la menor duda de que si no se evacúan residuos líquidos a los ríos, se protege la salud de las poblaciones ribereñas, lo cual representa un ahorro de recursos económicos al Estado.

La conservación de la diversidad biológica es una labor fundamental que permitirá el futuro del Perú, la protección de la flora, la fauna y todas las formas de vida, constituyen patrimonio de la nación, es decir, se debe tener conciencia y ejercer la obligación de accionar en vía administrativa o jurisdiccional cuando se atente contra la diversidad biológica.

El aprovechamiento de los recursos naturales debe ser comprendido, en forma estricta, como el uso racional, eficiente y ambientalmente permitido respecto a los minerales, hidrocarburos, forestación, aguas, paisaje, y la diversidad biológica. No siempre la explotación del recurso natural será lo más conveniente para la conservación del ambiente. Un aprovechamiento sostenible debe de estar enmarcado dentro de políticas de estado desde el gobierno central y los gobiernos locales y regionales,

4.2. Derecho de acceso a la justicia ambiental

Consideramos que este principio de “acceso a la justicia ambiental”¹⁸³ tiene que ser considerado en aplicación especial y general contra cualquier otra norma ambiental que tenga por finalidad dejar de lado la protección del ambiente y los derechos ambientales. Este principio tiene que ser aplicado en forma sistemática con todas las leyes del ordenamiento jurídico peruano.

El principio de “tutela jurisdiccional efectiva”, comprendido como el deber que tiene el Estado de ofrecer el acceso a los tribunales jurisdiccionales a los ciudadanos, es, pues, un derecho fundamental que se encuentra consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución del Perú.

Según Gonzales Pérez, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es “el derecho de toda persona a que se haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”,¹⁸⁴ y que al término del mismo, la sentencia dictada en el proceso tenga eficacia.

Por ello, podemos decir que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho constitucional que tiene todo sujeto a acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela de una situación jurídica —que se alega— está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en

¹⁸³ Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquéllos. Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

¹⁸⁴ Gonzales Pérez, Jesús (2001, p. 33). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cívitas, 3.^a Ed. Citado por Priori Posada, Giovanni (2007, p. 66). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima: Ara Editores, 3.^a Ed.

derecho con posibilidad de ejecución.

En este sentido, podemos afirmar que las instituciones que por mandato expreso de la Constitución ejercen función jurisdiccional, se encuentran en la obligación de respetar el ejercicio del derecho de los particulares a la tutela jurisdiccional efectiva, a fin de que puedan acudir ante ellas, en busca de tutela de situaciones jurídicas mínimas.

Pero, no sólo los órganos que ejercen función jurisdiccional se encuentran obligados a respetar el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, sino que dicha obligación alcanza a todos los estamentos, organismos y poderes del Estado.¹⁸⁵

La tutela jurisdiccional efectiva cuenta con cuatro etapas; antes del proceso, durante el proceso, al emitir sentencia o fallo y en la ejecución de la sentencia, siendo fundamental que estas cuatro etapas se encuentren enmarcadas dentro cumplimiento del debido proceso, motivación y aplicación de las normas procesales pertinentes, ya sean tribunales administrativos, arbitrales y jurisdiccionales.

El artículo IV prescribe que toda persona natural o jurídica, tiene un derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva ante las entidades administrativas y jurisdiccionales en tutela del medio ambiente y de sus componentes.

Al respecto, debemos analizar si los principios de acción rápida, sencilla y efectiva en tutela del medio ambiente y los derechos ambientales, son realmente posibles en nuestra realidad jurídica y social.

Una acción rápida en materia ambiental no puede ser entendida en su real alcance, según nuestro actual sistema judicial, por cuanto los daños ambientales o actividades contaminantes son instantáneos, inminentes y

¹⁸⁵ Priori Posada, Giovanni (2007, p. 67). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*. Lima: Ara Editores, 3.^a Ed.

fortuitos.

No es lo mismo presentar una demanda con un petitorio de ejercicio abusivo del derecho de propiedad en la generación de ruidos y humos con clara vulneración a los derechos de la vida, la salud y goce del domicilio, que presentarla reclamando la vulneración de cualquier otro derecho exclusivamente patrimonial, en vista de que el factor del tiempo y la rapidez en la tramitación del proceso civil, sin duda alguna, no tendrán presente, en ningún momento, el principio de “acción rápida”.

Al momento de presentar la demanda, el perjudicado o la víctima, necesariamente, debe contar con la asesoría de un abogado especializado en materia ambiental, los mismos que son escasos y sus honorarios elevados; a esto se suma lo complejo que se tornaría la actividad probatoria respecto a peritajes especializados, pago de aranceles judiciales y la determinación de a quién o quiénes dirigir la demanda.

Estos primeros pasos para estructurar una defensa ambiental dentro de la demanda, en buena cuenta, por temas de especialidad, recursos económicos y actividad probatoria, probablemente representaría invertir algunos meses para poder terminar un proyecto de demanda que pueda ser presentado al juzgado pertinente.

Si con gran esfuerzo intelectual, científico y económico, se lograra pasar esta primera etapa prejudicial, se podría interponer la demanda ante el Poder Judicial, y en esa primera instancia el problema sólo se trasladaría al *Ad Quo* y al Secretario Judicial, quienes, por falta de especialidad y excesiva carga procesal, se podrían tomar varias semanas o meses en analizar los requisitos de procedencia de la demanda.

Es así que consideramos que más fácil podría ser declararse la demanda inadmisible o improcedente por concluir que existen vías administrativas previas; o si fuese el caso, se podría obtener el auto admisorio de la demanda,

que estaría destinada a largos años de vicisitudes procesales antes de que se emitiera una sentencia.

Sin embargo, una vez que se ha accedido a los tribunales, se presentan nuevos problemas respecto a la lealtad y buena fe procesal, por cuanto nos encontramos frente a “dilataciones procesales” de las partes.

Como en algunos procesos, las dilataciones surgen por parte de las empresas demandadas.

Como ejemplo podemos señalar el Caso Chevron. El magistrado ecuatoriano, Nicolás Zambrano, indica en su sentencia respecto a los peritajes lo siguiente: “El expediente demuestra que entre ambas partes procesales se solicitaron más de cien inspecciones judiciales, siendo ésta una carga sin precedentes para esta Corte, que, sin embargo, las aceptó y ordenó que se practiquen”.

No cabe duda de que el juzgador y las partes procesales estaban incurriendo en la presentación de numerosos medios probatorios, testimoniales, peritajes, inspecciones, etc., donde el juez tenía que ejercer una función de control y verificación de la correspondencia y aptitud de los medios probatorios ofrecidos por las partes.

La acción en una demanda ambiental no es sencilla, desde el momento que buscamos identificar a las víctimas y a los agentes contaminantes; es tedioso que pueda devenir en una acción sencilla, pues se presentan diversas dificultades económicas, probatorias y procesales.

El acceso a la justicia ambiental se viene vulnerando por diversos factores: desde las competencias administrativas ambientales y la vía jurisdiccional, debido a que existe una limitación a la legitimidad procesal de quienes son las personas que tienen legitimidad para interponer acciones procesales a favor de los derechos ambientales, cuando son vulnerados derechos individuales o colectivos.

La legitimidad para obrar restringidamente en el patrocinio de derechos difusos, entra en aparente contradicción con el artículo 143 de la LGA, que dispone que cualquier persona natural o jurídica esté legitimada para plantear una pretensión de indemnización por daños ambientales. La fortaleza de esta posición radica frente al CPC.

Sin embargo, otra interpretación puede ser que dicha norma, concordada con el artículo 142.1 de la LGA, dispone que cualquier persona puede iniciar un proceso para obtener una reparación por daño a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio individual, pero no para daños al ambiente no individualizados, donde se aplica la protección de derechos difusos.

Los derechos difusos ambientales constituyen una categoría de los derechos ambientales tutelados dentro de la amplia gama de daños ambientales; a entender de Reggiardo¹⁸⁶ es conveniente que la facultad de presentar la demanda de patrocinio de derechos difusos no se confiera a personas individuales, pues en una sociedad corrupta y con poca información como la peruana, se presentan incentivos para que los abogados usen este proceso para intentar extorsionar a grandes empresas o incrementar la carga del Poder Judicial mediante demandas civiles.

A nuestro parecer, el sistema de acceso a la justicia ambiental desde la óptica del Código Procesal Civil¹⁸⁷ y el primer Pleno Casatorio del “Caso Yanacocha”, pone en evidencia la desventaja de las personas individuales o colectivas que sufren daños ambientales, al momento de interponer una demanda, lo cual pone en manifiesto la restricción al acceso rápido y sencillo en tutela de los derechos ambientales.

Es muy complicado que el Poder Judicial y el Ministerio Público brinde el trámite procesal a las acciones ambientales debido a la falta de capacitación y de incentivos perversos de algunas empresas contaminadoras que, en interés

¹⁸⁶ Reggiardo Saavedra, Mario. *Ob. cit.*, p. 118.

¹⁸⁷ Código Procesal Civil (CPC).

de sus actividades empresariales, use las diferentes vías e influencias (el flagelo de la corrupción). Sin embargo, también creemos que es muy complicado que un campesino o un vecino tenga los suficientes recursos para tratar de influir en la admisibilidad o en la sentencia de algún magistrado y, mucho menos, cualquier abogado por falta de especialidad en materia ambiental o porque sencillamente los incentivos económicos de la parte débil (persona natural) le puedan generar interés de ir patrocinando procesos ambientales, o que a una firma de abogados le interese patrocinar a una comunidad campesina o nativa ante el sufrimiento de daños ambientales por compañías mineras o petroleras.

Los problemas de acceso a la justicia ambiental parten de algunas inconsistencias procesales, no existe una regulación procesal específica para las pretensiones individuales de indemnización por responsabilidad extracontractual. Las reglas procesales serán las generales del CPC y la vía procedimental se determina a partir de la cuantía de la pretensión.

En cuanto a la legitimidad para obrar activamente, al tratarse de un supuesto de daño individual, estamos frente a un caso de legitimidad para obrar en la vía ordinaria, donde la demanda de indemnización sólo puede ser planteada directamente por la víctima.

La legitimidad para obrar en vía extraordinaria, dispuesta en el artículo 143 de LGA, en todo caso, sólo puede ser aplicada para la paralización de actividades dañosas, pero no para el planteamiento de una pretensión indemnizatoria cuando la titularidad del derecho es difusa.¹⁸⁸

La actividad probatoria varía dependiendo del factor de atribución aplicable al caso. Es distinta en el caso de responsabilidad objetiva y en el de responsabilidad subjetiva. En el primer supuesto, el demandante sólo debe probar la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el daño, así como el daño en sí.

¹⁸⁸ Reggiardo Saavedra, Mario. *Ob. cit.*, p. 119.

En la responsabilidad subjetiva, el demandado debe ofrecer medios de prueba que acrediten que no ha incurrido en dolo o culpa. Sin embargo, dado que ni el artículo 1969 del Código Civil ni el artículo 145 de la LGA presumen el dolo o culpa del agresor, consideramos que el demandante no está exento de probar si el demandado actuó con dolo o culpa.

El acceso a la justicia ambiental como principio en la Ley General del Ambiente, constituye un derecho primordial lo cual no significa que en la realidad este acceso este provisto de un sistema judicial ambiental desde la suministro de Magistrados, auxiliares jurisdiccionales, peritos, plazos - vías procesales, procuradores, fiscales y abogados que tenga por finalidad brindar las garantías procesales a un sistema de justicia ambiental.

4.3. El principio de prevención¹⁸⁹

El principio de prevención, es uno de los pilares del sistema de responsabilidad civil, siendo este principio, a nuestro entender, por antonomasia, el más importante, por cuanto toda actividad industrial, científica, empresarial y humana, debe tener en esencia una conducta preventiva ante la causalidad de daño ambiental.

El principio de prevención ha sido incorporado en diversos tratados internacionales relativos a la protección del ambiente, accidentes nucleares, objetos espaciales, cursos de agua internacionales, ordenación de residuos peligrosos y prevención de contaminación de marina.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Artículo VI.- Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

¹⁹⁰ Carhuatocto Sandoval, Henry. *Ob. cit.*, p. 50.

Al respecto, la doctrina en Brasil indica:

O princípio de prevenção releva-se um dos princípios capitais do direito ambiental. A tônica deste novo ramo do direito almeja evitar a ocorrência da degradação ambiental, sobretudo porque, certos eventos lesivos são manifestamente irreversíveis, deixando esvaziada, senão inocua qualquer atividade reparadora, como, por exemplo, a devastação de uma floresta secular, a atividade há de orientar quaisquer políticas na área ambiental.¹⁹¹

Gherzi sostiene correctamente que la prevención o evitación de los daños ambientales constituye el paradigma del Derecho Ambiental, desde que las soluciones resarcitorias resultan insuficientes, en principio, para brindar a la comunidad una protección absoluta respecto de actividades nocivas, como las contaminantes.¹⁹²

Por otro lado, el cumplimiento del deber de prevenir, que consiste en actuar con la debida diligencia, adquiere mayor pertinencia a medida que aumenta, constantemente, los conocimientos sobre las operaciones peligrosas, los materiales utilizados y los procesos para realizarlos. En conclusión, la política de prevención es mejor que la curación.¹⁹³

El Tribunal Constitucional en el expediente n.º 048 04-PI-TC de fecha 1 de abril de 2005 señala que el principio de prevención supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia. Asimismo, establece que el principio de restauración está referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados, añadiendo además que entiende por el principio de mejora aquél que permite maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano.¹⁹⁴

¹⁹¹ Álvarez Vianna, José Ricardo (2011, p. 63). *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Curitiba: Jurua Editoria. 2.ª reimpressão.

¹⁹² Gherzi, Carlos y otros (2001, p. 42). *Derecho y reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

¹⁹³ Dupuy, Pierre (2003, p. 199). En: Foy, Pierre y otros. *Derecho Internacional Ambiental*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁹⁴ Carhuatocto Sandoval. Henry. *Ibidem*.

El Tribunal Constitucional, en el expediente n.º 0018-2001-AI/TC, establece que el papel del Estado no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención.

En efecto, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollarse, especial relevancia tiene la tarea de prevención; y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no está garantizando a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, éstos pueden exigir del Estado estas medidas necesarias de prevención. .

El colegiado estima que la protección del medio ambiente no es sólo una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquéllos no sucedan.

Es interesante apreciar el desarrollo del principio de prevención en Brasil; en tal sentido, Álvarez Viana expresa sobre el principio de prevención:

Al igual que el sistema jurídico peruano, el Estudio de Impacto Ambiental constituye el instrumento más importante de prevención ambiental, nota-se, com isso, que precioso instrumento para materialização do principio da prevenção é o Estudo de Impacto Ambiental (EPIA), criterios tecnico-cientificos homogêneos. O conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), a través da resolução 001, de 02.01.1986, em rol exemplificativo, especificou, em se art. 5.¹⁹⁵

Esses aspectos fazem realçar a tônica, essencialmente, preventiva que deve nortear a responsabilidade civil ambiental. A própria sanção cominada abstractamente em lei como resposta as praticas ambientais degradadoras deve ostentar elevado grau de punição a fim de intimidar persuasivamente o potencial causador de danos ambientais, desestimulando – o a prosseguir na empreitada

¹⁹⁵ Álvarez Vianna, Jose Ricardo. *Ob. cit.*, p. 64.

socialmente nociva.

Es de carácter preventivo resta reforçado, ademais, por quanto na quadra atua lauda são frágeis e limitados, estando mesmo em formação os criterios que orietam a fixação e o arbitramento, para fins indenizatorios, dos danos ambientais. Como quantificar os danos decorrentes de contaminação de agua potavel fornecida á polulação por entidade que atua autoizada pelo Poder Publico e que venha causar a morte de centenas de pessoas? Como quantificar danos ambientais geradores de chuvas ácida, cujos efeitos sequer são exatamente indentificáveis? Como traduzir em valores monetarios a contaminação de lençois freaticos situados nas imediações de cemitérios, irregularmente instalados, em decorrência do denominado *necro chorume expelido pelos cadáveres ali sepultados?*”¹⁹⁶

En tal sentido el principio de prevención significa efectuar una acción anticipada anterior al daño ambiental, que tenga por finalidad establecer normas y políticas ambientales a las diferentes actividades industriales y humanas realizadas en nuestra sociedad, que tenga por finalidad el cumplimiento de las normas ambientales sectoriales sin las cuales no se pudiera otorgar licencias, permisos, autorizaciones y concesiones.

Ante todo esto, se debe de precisar que el Ministerio del Ambiente y los Ministerios que mantienen ciertas competencias ambientales, no se encuentran en la capacidad de aplicar en su real dimensión el principio de prevención, por cuanto ellos son los que, en una primera fase, podrían determinar si ciertas actividades industriales podrían ocasionar daños ambientales.

La postura preventiva no se restringe sólo al ámbito administrativo del Poder Ejecutivo; muchas veces se debería de aplicar también en la tutela jurisdiccional por parte de los magistrados, quienes pueden actuar aplicando el principio de prevención con las denominadas medidas cautelares ambientales, que tenga por finalidad paralizar actividades contaminantes, con lo cual se estaría ejerciendo una “función preventiva”.

¹⁹⁶ Alvarez Vianna. Jose Ricardo. *Ob. cit.*, p. 91.

Esta labor corresponde al *Ad Quo*, quien revestido del principio de acceso a la justicia ambiental y a favor del medio ambiente, podría aplicar medidas cautelares ambientales.

Se ha podido observar que, en los últimos años, se han generado significativos resarcimientos económicos por litigios originados en la falta de prevención de riesgos ambientales, por mencionar algunos solamente, el “*Caso Surita c/ Sancor Cooperativas Unidas Ltda.*”, en el cual la Cámara de Apelaciones ordena reparar y responsabiliza por daños a la calidad de vida y por inmisiones en las relaciones secundarias.¹⁹⁷

El principio de prevención constituye un elemento fundamental, tanto desde el marco de las políticas de gestión ambiental como del sistema de responsabilidad ambiental. En una primera fase, la prevención tiene que estar presente en las entidades estatales que tengan competencias de otorgamiento de permisos y autorizaciones y, en una segunda fase, las entidades que tengan la función de fiscalización y sanción.

En tal sentido, la prevención está revestida por las normas del Derecho Ambiental Administrativo, donde se espera el protagonismo del Ministerio del Ambiente respecto a la fiscalización y sanción ambiental.

El principio de prevención puede ser interpretado como el conjunto de medidas administrativas y judiciales que tenga por finalidad paralizar un supuesto daño ambiental razonable al tener una consecuencia contaminante, por no ejercer una pronta tutela urgente o cautelar. Sin embargo, esto tendrá que estar revestido del principio precautorio, cuando se tenga evidencia de que existe contaminación y que no hace falta un mayor análisis técnico o científico para verificar que existe una amenaza o actividad contaminante.

¹⁹⁷ Cciv y Com. de Morón - Sala I - 09/06/05 “*Surita Deolindo A. y otros c/ Sancor Coop. Unidas Ltda. s/ daños y perjuicios*”. Cámara de Apelación Civil y Comercial de Morón - Sala I- 09/06/05. Argentina.

4.4. El principio precautorio

El principio precautorio¹⁹⁸ se encuentra institucionalizado en la Ley General del Ambiente, en el artículo VII del Título Preliminar, representa uno de los principales aportes del Derecho Ambiental Internacional a la legislación y doctrina ambiental.

Éste es el principio más difundido en la legislación ambiental nacional e internacional, y tiene por objetivo evitar que la falta de certeza absoluta sobre la ocurrencia de un grave e irreversible daño ambiental, impida que se adopten las medidas eficaces y eficientes que no permitan la degradación del ambiente.

En otras palabras, ante la duda de que se pueda producir un daño ambiental, se opta por adoptar medidas preventivas, a fin de evitar un potencial daño ambiental. Ante alguna incertidumbre científica o tecnológica para adoptar o no medidas de protección al ambiente, se opta por protegerlo.¹⁹⁹

El Tribunal Constitucional en el expediente n.º 048-04-PI-TC señala que el principio precautorio busca adoptar medidas de cautela y reserva, cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente.²⁰⁰

Otra sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente n.º 3510-2003-PA-TC señala que “el principio precautorio” o también llamado “de precaución” o “de cautela”, se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Éste exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro del medio ambiente.

¹⁹⁸ Artículo VII.- Del principio precautorio

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

¹⁹⁹ Carhuatocto Sandoval, Henry. *Ob. cit.*, p. 55.

²⁰⁰ *Ibidem.*

Aquél opera, más bien, ante la amenaza de la producción de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos.

Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de éste.²⁰¹

El principio precautorio resulta de aplicación en aquellas situaciones en las que, si bien no existe certidumbre científica acerca del riesgo, la existencia de un peligro de daño grave e irreversible amerita la aplicación de medidas dirigidas a prevenir el daño.²⁰²

Su implementación presupone, indefectiblemente, la evaluación de los riesgos que acarrea determinado fenómeno que arroje la información más completa posible al respecto. A pesar de desenvolverse el principio en un ámbito de incertidumbre, éste no puede comprenderse en términos absolutos, dado que debe existir cierta base científica que justifique la aplicación de medidas precautorias.

Si bien los orígenes del principio y su principal desarrollo tuvieron lugar con relación a la protección del medio ambiente, la Unión Europea (caso de la “vaca loca”²⁰³ y “de los antibióticos”²⁰⁴ extiende su aplicación a todos aquellos

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² Amiel, María Cecilia. “El principio precautorio: Precisiones y aportes para su aplicación”. En *Comisión de Derechos de Daños en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Tucumán, 2011.

²⁰³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 5 de mayo de 1998. Caso n.º 157/96. El caso de la “vaca loca” en 1996, la decisión n.º 96/239/CE de la Comisión Europea, prohibió la exportación de ganado bovino, carne de vacuno o productos derivados de éstos por parte del Reino Unido. El fundamento de tal resolución obedeció a la posible vinculación entre la encefalopatía espongiforme bovina (E.E.B., conocida comúnmente como “mal de la vaca loca”) y la enfermedad Creutzfeld-Jakob. En la decisión, la Comisión destacó que si bien no existía certeza científica acerca del riesgo para la salud que implicaba el consumo del producto, adoptaba tal resolución con carácter transitorio y como medida de emergencia.

²⁰⁴ El caso de los antibióticos, en el año 2002, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (sala tercera) confirmó la decisión del Reino de Dinamarca (fundada en el artículo 11 de la Directiva n.º 70/524) de prohibir el uso de un antibiótico, la virginiamicina, como aditivo en la alimentación animal por poder

supuestos en que se verifica una grave amenaza a la salud humana, animal o vegetal. Aunque el principio involucra una toma de decisión de las autoridades respecto de las medidas a adoptar, su aplicación se encuentra limitada por los principios propios de la gestión de riesgos, tales como el de proporcionalidad, no discriminación, coherencia, análisis de ventajas e inconvenientes, y estudio de la evolución científica.

El principio precautorio, trasvasa todas las áreas jurídicas e insta a la aplicación del derecho ambiental en actividades que pudiesen lesionar o degradar el ambiente. Citando las palabras de Valery Mirra²⁰⁵ *"La consagración del principio precautorio lleva a la adopción de un enfoque de prudencia y vigilancia en la aplicación del derecho ambiental en conductas y actividades efectiva o potencialmente lesivas para el medio, en detrimento del enfoque de tolerancia"*.

Según Lemen Machado²⁰⁶ . afirma que no sólo cuando se tiene certeza del daño ambiental se debe aplicar lo preventivo, sino asimismo en caso de duda o incertidumbre, no siendo necesario que se tenga la absoluta convicción de que ocurrirá el daño ambiental, siendo suficiente el riesgo de que el mismo pueda producirse para que se dispongan las medidas de protección ambiental.

En este contexto, el principio precautorio aplicado en la prevención del daño ambiental, está directamente ligado con los objetivos de la ley y el bien jurídicamente protegido, máxime teniendo en cuenta que el derecho ambiental es de los considerados de tercera generación, por lo que no se debe perder de

conllevar éste un riesgo para la salud humana. Como fundamento, el tribunal comunitario destacó que: "En virtud del principio de cautela formulado en el artículo 130 R, apartado 2, del tratado, las instituciones comunitarias podían adoptar una medida preventiva sobre la utilización de la virginiamicina como aditivo en la alimentación animal aunque, a causa de la incertidumbre científica subsistente, no se hubieran demostrado aún plenamente, la realidad y la gravedad de los riesgos para la salud humana relacionados con esta utilización.

²⁰⁵ Mirra, Álvaro y L. Valery (2003-III, p. 65). "Derecho Ambiental brasileño: El principio de precaución y su aplicación judicial". Lexis Nexis, 17/09/2003-JA, Fascículo citado por Néstor Cafferata (LL. 2004-A, p. 1207). "Principio precautorio y Derecho Ambiental".

²⁰⁶ Lemme Machado, Paulo A. (1994, p. 37). "Estudios de Derecho Ambiental". San Pablo: Malheiros, citado por Néstor Cafferata (LL. 2004-A, p. 1202). "Principio precautorio y Derecho Ambiental".

vista el derecho de las generaciones futuras, previniendo no sólo la ocurrencia del daño efectivo, sino aquél que pudiera configurarse en un futuro inmediato o mediato.

4.4.1. El principio precautorio y su relación con el riesgo

Como se viene desarrollando, el principio precautorio se encuentra ampliamente relacionado con el concepto de “riesgo”. Toda actividad contaminante trae consigo un “riesgo creado” conforme al artículo 1970 del Código Civil peruano, que regula la teoría de la responsabilidad objetiva en el Código Civil peruano. Sin embargo, el principio precautorio tiene una característica, que radica en evitar que en una situación de incertidumbre científica, el riesgo, efectivamente, se materialice.

En este sentido, no puede partirse —para justificar la aplicación del principio— de una concepción de “riesgo cero”, dado que todo fenómeno o actividad extractiva conlleva necesariamente a asumir que existirá algún tipo de riesgo.

Debe tratarse de un riesgo grave que, de materializarse, acarree consecuencias imposibles de revertir. Este requisito guarda una relación directa con el principio de proporcionalidad que debe existir entre la entidad del riesgo y las medidas tendientes a evitarlo.

El estudio de los riesgos involucrados en una determinada situación, impone, a su vez, el desarrollo de dos actividades principales:

1. Por un lado, la evaluación de los riesgos (*risks assessment*). Esta actividad implica ponderar la probabilidad de que un riesgo ocurra. Se trata de un cálculo de tipo objetivo, que resulta de estudios científicos.²⁰⁷
2. Por el otro, la administración de los riesgos (*risks management*). Frente

²⁰⁷ Bohanes, Jan. “Risk Regulation in WTO Law: a procedure-based approach to the precautionary principle”. *Colum. J. Transnat’l L.* 40 (2001-2002), 323, 335-338.

a un riesgo determinado, debe resolverse la manera en que se hará frente al mismo. A diferencia de lo anterior, involucra una toma de decisión respecto de ciertas autoridades y no de una actividad objetiva, derivada de la aplicación de la estadística. Se relaciona con el nivel de riesgo tolerable por una sociedad y la manera de hacer frente a él.

La Comisión Europea entiende que la aplicación del principio precautorio pertenece a la gestión o administración del riesgo.²⁰⁸ Es decir, que el principio tiene lugar luego de que se hayan evaluado científicamente los peligros que conllevan a una determinada situación.

En este sentido, sostiene la Comisión que el principio implica una decisión política sobre la necesidad de tomar alguna medida y, en su caso, sobre el tipo de medida a adoptar.

Otros, sin embargo, consideran que el principio precautorio implica, tanto una evaluación de riesgos como la administración de los mismos. En efecto, quien decide aplicar el principio precautorio, asume (en un marco de incertidumbre científica) que una determinada actividad riesgosa puede ocasionar un daño ambiental.

El grado de *incertidumbre científica* representa un requisito. Cabe destacarse que no puede hablarse de incertidumbre científica en términos absolutos. Ello es así porque:

- a) Debe existir cierta base científica que amerite la aplicación de las medidas precautorias. Si bien no existen pruebas científicas concluyentes acerca de la existencia y magnitud del riesgo, el mismo

²⁰⁸ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 2.2.2000 (COM) 1 final. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, punto 5. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF> (disponible en Internet el 19-VII-2011). La Comisión menciona como tercera fase en el análisis de los riesgos, cual es la comunicación de los mismos (Cfr. *Ibidem*).

debe encontrarse respaldado con la suficiente documentación.²⁰⁹

- b) No basta con que existan meras hipótesis que indiquen la supuesta existencia del riesgo.
- c) La evaluación de los riesgos debe ser lo más completa y objetiva posible y sujetarse a principios de “excelencia, independencia y transparencia”.²¹⁰

Los elementos del principio precautorio serían la incertidumbre científica y la evaluación del riesgo:

- a) La incertidumbre científica. Como primer elemento de este principio de precaución, comprende conocimientos científicos que aún se encuentran sujetos a contrastación, como bien se enuncia en los conceptos del método científico, toda premisa debe ser contrastada en la realidad de los hechos.
- b) La evaluación del riesgo de la producción de un daño —como segundo elemento— a partir del cual se tendrán que considerar efectos nocivos aún desconocidos, que posiblemente se produzcan de no actuar conforme a la precaución.
- c) El nivel de gravedad del daño. El cual deberá dimensionarse, no sólo a partir de la gravedad del mismo, sino también teniendo en consideración su dimensión temporo-espacial.

Es necesario indicar que existen diferencias y similitudes entre el principio precautorio y el principio de prevención.

Si bien se entiende que ambos son semejantes y tienen sus orígenes en los

²⁰⁹ Cfr. Tribunal de Primera Instancia (sala tercera) 11 de septiembre de 2002, Caso T-13/99, Pfizer Animal Health S.A. c/ Consejo de la Unión Europea, 157.

²¹⁰ Cfr. Tribunal de Primera Instancia (sala tercera) 11 de septiembre de 2002, Caso T-13/99, Pfizer Animal Health S.A. c/ Consejo de la Unión Europea, 172.

principios generales del derecho, existen notas características en cada uno de ellos; así, ambos tienen la misma finalidad y fundamento: evitar el daño a la sociedad en su conjunto y al medio ambiente, en general.

Los autores franceses²¹¹ distinguen prevención de precaución, de acuerdo con el conocimiento que pueda tenerse de las consecuencias de una acción determinada. *Si se conocen sus consecuencias, se debería prevenir*. Si, en cambio, no se conocen, porque en el ambiente científico existe la duda o no existen pruebas irrefutables, se deben tomar todas las medidas precautorias necesarias.

La prevención tiende a evitar un daño futuro, incierto e inmensurable; la precaución, en cambio, busca impedir la producción de un riesgo, cuyos efectos aún no estén determinados. La precaución se encuadra dentro del ámbito de la incertidumbre, aunque esta incertidumbre se basase en conocimientos científicos.

Como ejemplo se pueden citar los siguientes: si arrojamus grandes cantidades de pilas y colillas de cigarrillos a un río, éste, su flora y fauna se dañarán seriamente. La prevención sería no arrojar colillas de cigarrillos ni pilas al río.

Por otra parte, un claro ejemplo del principio precautorio serían los alimentos transgénicos y el caso de la “vaca loca”.

4.5. El principio de internalización de costos²¹² o contaminador pagador

El principio de contaminador-pagador, por excelencia, se encuentra revestido

²¹¹ Viney, G. (2000). *Le principe de précaution. Le point de vue d'un juriste. Les Petites Affiches*, París.

²¹² Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente. El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes, de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

del poder de trasladar los costos económicos de la contaminación al agente contaminante, tanto en la etapa preventiva como una vez ocasionado el daño ambiental.

En tal sentido, en forma acertada la LGA incorpora al principio todas las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes, de los impactos negativos y de las actividades humanas, deben ser asumidas por los causantes de dichos impactos.

Quien contamina paga. Si no se aplica este principio para cubrir los gastos de reparación de daños ambientales, el medio ambiente se quedaría sin restaurar.

Siendo el Estado, y en última instancia el contribuyente, el que tiene que costearlos. Por dicha razón, el primer objetivo es responsabilizar al contaminador por los daños que causa. Si quienes contaminan se ven obligados a sufragar los costos relacionados con el daño causado, reducirán sus niveles de contaminación hasta el punto en que el costo marginal de la descontaminación, resulte inferior al importe de la indemnización que habrían tenido que abonar.

De este modo, el principio de responsabilidad ambiental hace posible la prevención de los daños y la internalización de los costos ambientales.²¹³

El concepto de internalización de los costos medioambientales, implica que los gastos relativos a la prevención y restauración de la contaminación ambiental han de ser sufragados directamente por las partes responsables del daño causado, en lugar de serlo por el conjunto de la sociedad.

Para que el principio de “quien contamina paga” resulte realmente operativo, los Estados miembros tienen que garantizar la descontaminación y la

²¹³ Dirección General de Medio Ambiente (2000, p. 14). *Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental*. Unión Europea. Italia.

restauración o la sustitución del medio ambiente en los casos en que haya un contaminador responsable, asegurando que la indemnización que este pago se destine a tal fin.

En Brasil Fiorillo, hace esta referencia

Seu objetivo, na realidade, e inserir o caráter preventivo e repressivo quanto a eventuais danos ao meio ambiente. Assim, percebem-se dois momentos de sua incidência. na primeira, impõe ao agente, potencial causador de danos ambientais, o emprego de técnicas e mecanismos no sentido de evitar lesões dessa ordem. No segundo, isto e, ocorrida a lesão ao meio ambiente, cumpre-lhe o dever de reparar o dano.

Desse modo, o principio do poluidor – pagador visa a internalização dos custos da deterioração ambiental, maior cuidado em relação ao meio ambiente por parte dos sujeitos econômicos (productor, consumidor, transportador) envolvidos no processo produtivo, que são chamados a arcar. Tem por escopo maior a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos.²¹⁴

Consideramos que ya es el momento de que los agentes que producen contaminación ambiental, deban pagar los costos que generan. Dichos costos no sólo son económicos sino de diversa índole, como las afecciones a la salud de las personas y la irreparable depreciación de recursos naturales, y como sabemos, por más que se determine un costo, no se podrá reparar el daño producido.²¹⁵

El juzgador, al momento de fundamentar la sentencia en un proceso ambiental, tiene que considerar como parte primordial del fallo, el monto de indemnización en el cual se tendrá que aplicar el principio contaminador-pagador.

²¹⁴ Derani, Cristiane (1997, p. 158). *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad.

²¹⁵ Yacolca. Daniel. *Ob. cit.*, p. 32. En esa línea, la prevención por medios impositivos es la mejor herramienta para proteger el medio ambiente. Por ello, lo que ya está contaminado, debemos recuperarlo y lo que aún no lo está, debemos protegerlo mediante tributos ambientales que tienen fines extrafiscales.

En este sentido, resaltamos el fallo del juez ecuatoriano Nicolás Zambrano,²¹⁶ quien, frente al daño ambiental y cultural, condenó a Chevron al pago de más de US\$8,646'000,000.00 por reparación, a fin de costear la recuperación de las condiciones naturales del suelo (US\$5,396,160.00); de aguas subterráneas (US\$600'000,000.00); de especies nativas, al menos, por 20 años (US\$200,000,000.00); mitigar —al ser un daño de imposible reparación— los daños de salud en las poblaciones afectadas (US\$150,000,000.00); crear un sistema de salud (US\$1,400,000,000.00); la provisión de un plan de salud que incluya un tratamiento para las personas con cáncer (US\$800,000,000.00); y la reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica para mitigar el irreparable daño cultural ocasionado (US\$100,000,000.00).

4.6. La reparación, el restablecimiento y la indemnización

La Ley General del Ambiente, en el artículo 147,²¹⁷ precisa los criterios sobre la reparación del daño ambiental, buscando el restablecimiento antes del hecho contaminador, a la vez, expresa que el juez, al tener el supuesto de no existir forma de restablecer las cosas al estado anterior al daño ambiental, el *Ad Quo* está facultado para ordenar la realización de tareas o medidas de mejoramiento ambiental.

El último párrafo del artículo hace referencia a que la indemnización deberá ser destinada a las acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos ambientales.

²¹⁶ Caso n.º 2003-0002.

²¹⁷ Artículo 147.- De la reparación del daño

La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales.

Al margen de que puedan restablecerse las cosas al estado anterior a la contaminación (existen daños ambientales irreversibles) —que no siempre serán ponderados con medidas de mejoramiento ambiental— resulta necesario fijar un monto indemnizatorio que tenga por finalidad recuperar, de alguna forma, el área ecológica o urbana perdida por las actividades contaminantes.

Respecto al destino de las indemnizaciones que deberían de ser destinadas a Intereses afectados y/o cumplir los objetivos ambientales, esta redacción de la norma jurídica no tiene un alcance real y completo, por cuanto las indemnizaciones tienen que estar destinadas para reparar, en alguna forma, los daños ambientales de índole colectivo-difuso, y los estrictamente privados, tenemos daños que, en esencia, son difusos (paisaje, calidad de aire, agua, biodiversidad), en las cuales la reparación se encuentra enmarcada de los derechos difusos ambientales, que tendrían que ser asumidos por los gobiernos locales-regionales con supervisión del Ministerio del Ambiente, pero no podría dejarse de fijar una indemnización por daños ambientales personales, como el daño causado a la salud, daños a la propiedad privada producto de actividades contaminantes o daños culturales por modificación de cambios de hábito y costumbres que las poblaciones se ven obligadas a adoptar para convivir y mitigar las actividades contaminantes.

En tal sentido, hoy en día la reparación del daño ambiental, en la perspectiva mencionada, se sustenta en una serie de consideraciones y pretensiones prelatorias que hay que identificar.

En primer lugar, hay que tratar de *reparar in natura*, es decir, volver a lo original.

Esto *in natura* también es relativo, pues hoy, con los cambios climáticos, ya nada es natural y todo está alterado.

Ahora bien, si no se puede llegar a la reparación *in natura*, hay que ir a la siguiente posibilidad, que es la *reparación in natura sustitúa* —hay que decirlo

despacio para no confundirse—, que es una segunda posibilidad cuando no se puede retornar a la situación original; algo que pueda cumplirse de manera parecida o similar a la función singular. Y si ya no se puede, efectivamente, hacer esa sustitución de la situación originaria, habrá que asumir los mecanismos de *la indemnización*, aunque tampoco nos sirven desde sus enfoques o valoraciones convencionales, pues, nos preguntamos: ¿cómo se indemnizan los servicios ambientales que brindan los ecosistemas?

Evidentemente, la lógica del sistema civil convencional no nos ayuda mucho.²¹⁸

Del artículo 147 se advierten tres términos: *reparación*, *restablecimiento e indemnización*.

El primero de estos términos contiene a los dos últimos. Es decir, para la LGA la reparación opera por medio del restablecimiento de la situación anterior y de la indemnización económica.

Consideramos que esta disposición puede interpretarse en el sentido de que el causante del daño está obligado a incurrir dos veces en los costos de restablecimiento de la situación anterior, a la realización de la conducta dañosa.

En efecto, ésta lo obliga a asumir el costo del restablecimiento de la situación anterior, así como el pago de la indemnización correspondiente.

Sin embargo, la indemnización estaría destinada a las "acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente". Este texto debería revisarse para evitar posibles interpretaciones que contravengan su sentido. Si, además, contamos ya con la "compensación en términos ambientales" del artículo IX del

²¹⁸ Foy Valencia, Pierre (2009, pp. 383-385). "Primer Pleno Casatorio". *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, n.º 40.

Título Preliminar, ¿cuáles son las tareas que el juez deberá prever?

Son diversos los términos que la LGA utiliza, prestándose a confusión. Además de los contenidos en el artículo 147 —reparación, restablecimiento e indemnización—, esta ley menciona a los siguientes, pero sin darles contenido específico alguno: restauración (artículos VIII y IX), rehabilitación (artículos VIII y IX), compensación (artículo VIII), compensar en términos ambientales (artículo IX), asumir los costos (artículos 142 y 144), reparar (artículo 144), indemnización (artículo 144), recuperación (artículo 144), mitigar (artículo 144) y evitar que vuelva a ocurrir (artículo 144).

No es clara la distinción entre estos términos, algunos parecerían similares, aunque la LGA los utiliza en diferentes contextos. En tal sentido, debería de sistematizarse todos estos criterios para tener certeza de los fundamentos de un conjunto de supuestos de indemnización de daños ambientales.

Es interesante advertir los términos utilizados por la Directiva n.º 2004/35/CE de la Unión Europea, una norma muy bien pensada y elaborada. Para esta directiva, las medidas de reparación se subdividen en: reparación primaria, reparación complementaria y reparación compensatoria.

Por su precisión conceptual, vale la pena transcribir su definición. La reparación primaria es definida como "toda medida de reparación por la cual los recursos naturales dañados o los servicios deteriorados, regresan al estado inicial o, por lo menos, se acercan a ese estado".

Su objetivo es "poner los recursos naturales o los servicios dañados en su estado inicial o, por lo menos, a un estado cercano a éste". La reparación complementaria es definida como "toda medida de reparación iniciada con respecto a los recursos naturales o a los servicios, con el fin de compensar el hecho que la reparación primaria no llega a la restauración completa de los recursos naturales o de los servicios".

Se tiene por finalidad que "cuando el regreso al estado inicial no se lleva a cabo, se trata, entonces, de aportar un nivel de recursos naturales o de servicios comparables a los que hubieran sido aportados si el estado inicial del lugar dañado hubiera sido restablecido".

Finalmente, la reparación compensatoria es definida como "toda acción iniciada para compensar las pérdidas de los recursos naturales o de los servicios que aparecen entre la fecha en la cual ocurre el daño, y el momento en el cual la reparación primaria ha producido plenamente su efecto".

Su objetivo es "compensar las pérdidas provisorias de los recursos naturales y de los servicios, mientras se espera la regeneración".

Quizás la LGA debió ser tan concreta como la Directiva n.º 2004/35/CDE, en lugar de ser tan vaga y extensa que pareciera ir en contra de la técnica legislativa.

En el Derecho de Daños, resarcir —reparar— es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.).

La reparación por equivalencia dinerada —la indemnización— no tiene sentido alguno en la reparación del daño al ambiente, porque con ella no se repara el objeto dañado, sino que se otorga un subrogado pecuniario que no puede restituir en su totalidad el bien ambiental (imposibilidad de efectuar reparación *in natura*).

Aquí podemos observar una clara diferencia entre la reparación del daño ambiental respecto de las reglas generales de la responsabilidad civil, en las que la indemnización dineraria equivalencia, que busca remplazar o compensar el bien dañado, es la regla general. Esto sucede, porque en el Derecho Civil clásico el demandante tiene mayor libertad para disponer si el dinero pagado por su bien lesionado, lo reinvierte en el mismo o no.

En el ámbito del Derecho Ambiental, el pago dinerario nunca podrá ser por equivalencia, porque el dinero no se puede dar para cambiar un bien por otro, sino que obligatoriamente se tiene que invertir en la reparación del ecosistema. Esta idea está plasmada en el artículo 7 de la Ley n.º 491 sobre Responsabilidad Civil Ambiental y otras disposiciones promulgadas por el Congreso de la República de Colombia de 15 de enero de 1999:

Cuando las actividades de reparación, reposición o restauración no sea posible realizarlas, el monto de la indemnización será invertido directamente en proyectos ecológicos o ambientales de especial interés para la comunidad.

La sentencia de primera instancia del Caso Chevron vs. María Aguinda y otros (Ecuador), considera dentro de los fundamentos de la sentencia las medidas de reparación, enfocadas a que pueden ser aplicadas a los daños materiales: “considerando que éstas pueden ser de tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible reparación”.²¹⁹

²¹⁹ Caso Chevron vs. María Aguinda y otros. Juicio 2003-0002. Juez Nicolás Zambrano Lozada, pp. 177 y 178. Cada una de estas medidas merece un análisis independiente para identificar la más apropiada según el tipo de daño, análisis que debe ser realizado considerando que para la condena a reparación de daños se toma en cuenta únicamente aquellos daños cuya reparación se solicitó en el libelo de la demanda y que, además, han sido probados como en Derecho se requiere, por lo que en este asunto nuevamente nos guiaremos por lo solicitado en la demanda, en base a la cual se trabó la litis y la cual debía ser probada por la parte actora. Como pudimos leer en líneas anteriores, en la demanda se solicitó “1. La eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía al ambiente y la salud de los habitantes. En consecuencia, la sentencia deberá disponer: a la remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosos abiertos por TEXACO y que han sido simplemente taponados, cubiertas o inadecuadamente tratadas; b) El saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos y cursos naturales y artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho; c) La remoción de todos los elementos de estructura y maquinaria que sobresalen del suelo en los pozos, estaciones y subestaciones cerrados, clausurados o

4.7. Consideraciones sobre la compensación ambiental

El artículo IX del Título Preliminar de la LGA dispone la obligación de "compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar";

abandonados, así como los ductos, tuberías, tomas y otros elementos semejantes relacionados con tales pozos; y, d) En general, la limpieza de los terrenos, plantaciones, cultivos, calles, caminos y edificaciones en los cuales existían residuos contaminantes producidos o generados a consecuencia de las operaciones dirigidas por TEXACO, inclusive los depósitos para desechos contaminantes construidos como parte de las mal ejecutoriadas tareas de limpieza ambiental. 2. La reparación de los daños ambientales causados, conforme lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental. En consecuencia, en sentencia deberá ordenarse: a) la ejecución en las piscinas abiertas por TEXACO de los trabajos necesarios para recuperar las características y condiciones naturales que el suelo y el medio circulante tenía antes de sufrir los daños; b) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de recuperación de la flora y fauna nativas, en donde fue posible; c) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan para la regeneración de la vida acuática; d) la contratación a costa de la demandada de personas o instituciones especializadas para que diseñen y pongan en marcha un plan de mejoramiento y monitoreo de la salud de los habitantes de las poblaciones afectadas por la contaminación. Los recursos necesarios para cubrir el costo de las actividades cuya ejecución se demanda, en la cuantía que se determine pericialmente conforme lo previsto por el penúltimo inciso del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, deberán ser entregados al Frente de Defensa de la Amazonía, para que, con el concurso y asesoramiento de instituciones internacionales especializadas, los palique exclusivamente a los fines determinados en la sentencia, por lo que, considerando que se ha solicitado que sean entregados los costos que demanden estas actividades, analizaremos cada una de las medidas de reparación de forma independiente para identificar la más apropiada según el tipo de daño. De este modo, en cuanto a las medidas principales tenemos que éstas son necesarias para satisfacer la pretensión de los demandantes de La eliminación o remoción de los elementos contaminantes que amenazan todavía al ambiente y la salud de los habitantes. Esta pretensión es admitida, por lo que se condena a la demandada a la completa remoción de los elementos contaminantes referidos en este fallo, por considerarse que amenazan el ambiente y la salud de los habitantes, de modo que se ordena, a) "La remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosos abiertos por TEXACO", del modo que se detallarán más. En cuanto al "saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos y cursos naturales artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho", ya hemos revisado cómo ha quedado probada en el expediente la descarga de miles de millones de galones de contaminantes en las fuentes de agua natural, por lo que se ordena que éstas deben ser saneadas en la medida de lo posible, a costa de la demandada, para lo que deberán eliminarse todo rastro de los elementos peligrosos referidos en este fallo de los sedimentos de los ríos, esteros y pantanos, "que han recibido las descargas producidas por TEXPET o las filtraciones de las piscinas construidas cuando operaba la Concesión, por lo que se condena a la demandada al pago de SEISCIENTOS MILLONES DE DÓLARES (US\$600'000.000.00) para la limpieza de aguas subterráneas.

obligación que está limitada a aquellos casos en que no fuera posible adoptar medidas de restauración, rehabilitación o reparación.

La pregunta que cabe hacernos es ¿a qué se refiere la LGA al pretender obligar a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar?

Como es obvio que no existe responsabilidad por daño ambiental en sede distinta a las sedes civil, penal y administrativa, no se debe tratar de un proceso de atribución de responsabilidad distinto a los ya existentes en nuestro sistema legal.

Por lo tanto, pensamos que se trataría de un concepto nuevo en el Derecho de Daños peruano aplicable sólo en aquellos casos en que ya no es posible restaurar, rehabilitar o reparar un daño ambiental. Más allá de lo dicho, la LGA no da luces sobre el particular.

Tomando como referencia a otras jurisdicciones, pensamos que esta compensación, en términos ambientales, puede referirse a las medidas de compensación llevadas a cabo en lugares distintos al afectado.

Puede ser el caso, por ejemplo, del daño irreparable a un humedal, que podría traer como consecuencia, además de la sanción al causante, la obligación de mantener o recuperar una mayor área de humedales en otro lugar de la geografía peruana.

Por lo tanto, no se trataría de la reparación *in natura*, tan difícil en términos ambientales, sino de compensar en otro lugar "en términos ambientales".

Este tipo de compensación no sólo aparece en la LGA, sino también en la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Ley n.º 29325. El párrafo primero del artículo 23 dispone que "sin perjuicio de imponer

cualquiera de las sanciones establecidas, la autoridad competente puede además obligar a la persona natural o jurídica responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, o a compensarla en términos ambientales cuando lo anterior no fuera posible, de conformidad con el artículo IX de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente".

En materia de Derecho de Daños, cuando no cabe la reparación *in natura*, cabe la compensación en términos económicos; sin embargo, como al ambiente no se le puede indemnizar con dinero, creemos acertado que se haya introducido esta compensación en términos ambientales. Porque cuando sea imposible reparar el bien ambiental dañado, se debe propender a que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza. Como el ecosistema es uno y sistémico —aunque no se restaura el bien lesionado— se restaurará al sistema mismo, que se verá beneficiado en su conjunto.

Es con esta lógica que la compensación en términos ambientales adquiere sentido. Pensemos lo siguiente: volver las cosas al estado anterior es el equivalente a la reparación en especie, *in natura* e *in situ*, en el mismo lugar en que ocurrió el daño.

Ahora bien, la reparación en especie y *ex situ* —o reparación *in natura ex situ*— vendría a ser lo que el artículo IX de la LGA denomina "compensación en términos ambientales". Como se puede apreciar, es una reparación que encuentra su lugar conceptual dentro del Derecho de Daños.

A diferencia de la ley peruana que establece, en defecto de la reparación *in natura in situ*, la compensación en términos ambientales, el artículo 28 de la Ley General del Ambiente argentina, Ley n.º 25675, dispone que en caso que no sea técnicamente factible el restablecimiento al estado anterior, la indemnización sustitutiva que determine la justicia, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que esta misma ley creó.

Éste puede ser un mecanismo a imitar en el Perú, por medio del cual el Estado se haga cargo de los recursos para atender el daño ambiental, incluyendo también los pasivos ambientales históricos.

Según Leysser León, los artículos 144²²⁰ y 145²²¹ de la LGA disponen una “justa y equitativa indemnización”. La expresión es completamente desafortunada en una ley que no dispone indemnizaciones (o sea, abonos discrecionalmente determinables por el magistrado, “según equidad”), sino resarcimientos, es decir, sumas que deben cuantificarse atendiendo a criterios como la gravedad del daño, la reincidencia, los costos de la reparación,²²² etc.

²²⁰ Artículo 144.- De la responsabilidad objetiva

La responsabilidad derivada del uso o aprovechamiento de un bien ambientalmente riesgoso o peligroso; o del ejercicio de una actividad ambientalmente riesgosa o peligrosa, es objetiva. Esta responsabilidad obliga a reparar los daños ocasionados por el bien o actividad riesgosa, lo que conlleva a asumir los costos contemplados en el artículo 142 precedente, y los que correspondan a una justa y equitativa indemnización; los de la recuperación del ambiente afectado, así como los de la ejecución de las medidas necesarias para mitigar los efectos del daño y evitar que éste se vuelva a producir.

²²¹ Artículo 145.- De la responsabilidad subjetiva

La responsabilidad en los casos no considerados en el artículo anterior es subjetiva. Esta responsabilidad sólo obliga al agente a asumir los costos derivados de una justa y equitativa indemnización y los de restauración del ambiente afectado en caso de mediar dolo o culpa. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde al agente.

²²² León Hilario, Leysser. *Responsabilidad por daños al medio ambiente: aspectos civiles*. Lima: Conferencia OEFA-Ministerio del Ambiente. Presentación Power Point 25.

CAPÍTULO V

La justicia ambiental y la tutela procesal de los derechos ambientales

5.1. Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional en materia ambiental

En nuestro sistema jurídico, la mayor actividad jurisdiccional en tutela de los derechos ambientales se debe a la justicia ambiental constitucional. Desde los juzgados ordinarios, salas civiles y del Tribunal Constitucional se viene sentando precedentes respecto a la protección de los derechos ambientales; es decir, en torno a la protección del derecho a la salud y los recursos naturales.

El Tribunal Constitucional emitió y sigue emitiendo sentencias en tutela de derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud o el derecho al descanso frente a actividades ruidosas o potencialmente riesgosas para la salud y bienestar de las personas —caso Nextel—. Con la finalidad de ser precisos en los análisis puntuales, recurrimos a las ideas del profesor Samuel Abad,²²³ quien efectúa la siguiente reseña:

²²³ABAD YUPANQUI, Samuel (2008, pp. 203-204). “El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: las dificultades del proceso de amparo para su

Un caso interesante se presentó ante la existencia de ruidos molestos producidos por empresas que realizaban espectáculos musicales que afectaban la tranquilidad de los ciudadanos; derecho reconocido por el artículo 2, inciso 22 de la Constitución.

En tal ocasión, la sala de la Corte Suprema con fecha 25 de setiembre de 1994 (Expediente n.º 158-93-165) declaró fundada la demanda de amparo presentada por Edmundo Cerna Gregorio y otros contra la “Casa del Tío César” y la “Peña del Tío Tiburcio” y dispuso que los demandados suspendan la atención nocturna en sus locales hasta que los acondicionen conforme a las normas reglamentarias respectivas. La Corte sostuvo:

‘(...) que la acción de garantía tiene por objeto que cesen los ruidos molestos que perturban el descanso del vecindario causados por ‘la casa del Tío Cesar’ y la ‘Peña del Tío Tiburcio’ de la ciudad de Huaraz, las que además carecen de licencia especial de funcionamiento para operar después de las veintitrés horas; que la suspensión que se ordena es en cuanto se adecúen las instalaciones de tales locales para impedir que se sientan en el exterior ruidos que atenten contra el descanso, la salud y el sosiego de los vecinos del sector y obtengan, previos los dictámenes correspondientes, la respectiva licencia especial de funcionamiento (...)’.

Este mismo criterio fue expuesto por el Tribunal Constitucional, en el caso *José Aniceto Vásquez Pérez* (Expediente n.º 0260-2001-AA/TC, resuelto el 20 de agosto de 2002 y publicado el 4 de abril de 2003, p. 6079), cuando consideró que la empresa del demandante producía ruidos que afectaban el derecho a la tranquilidad de los vecinos. Por ello, declaró fundada la demanda y ordenó al demandado que “deje de perturbar la tranquilidad del demandante por la contaminación sonora que se produce en el local denominado restaurante “Huerto El Limonero”.

De otro lado, el 17 de marzo de 2003 (Expediente n.º 0964-2002-AA/TC), el Tribunal Constitucional dictó sentencia en la demanda de amparo iniciada por Alida Cortez Gómez de Nano contra la empresa Nextel del Perú S.A. La demandante consideraba que la instalación de una antena y equipos en un lote colindante con su vivienda, afectaba su derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado. El Tribunal Constitucional sostuvo que:

12. (...) en ese deber de prevención que el derecho de contar con un medio ambiente sano y adecuado impone sobre los poderes públicos y dentro del cual hay que considerar al principio precautorio, es que el Tribunal estima que tales antenas y equipos, cuando fuese posible su instalación en otras áreas que no sean las zonas residenciales, deben necesariamente colocarse distantes de las viviendas. En el presente caso, la recurrente ha acreditado, mediante fotos, que la instalación cuestionada está extremadamente próxima a diversas viviendas y, además, pese a lo que se ha expuesto en el fundamento n.º 5 de esta sentencia, que la demandada no contaba con la autorización municipal para instalarlas.

De esta manera, declaró fundada la demanda y ordenó a Nextel del Perú S.A. que retire los equipos y antenas ubicadas cerca del domicilio de la demandante. Resulta interesante mencionar que el Tribunal Constitucional incorporó jurisprudencialmente el “principio precautorio”, previsto por los instrumentos internacionales para garantizar de mejor manera el derecho al medio ambiente.

Posteriormente, en un caso similar, cambió el criterio, pues concluyó que a partir de los informes técnicos solicitados “no existe riesgo de exposición radioeléctrica, por lo que una decisión en el sentido de ordenar el desmantelamiento de la antena NEXTEL, sería una medida irrazonable y desproporcionada” (Expediente n.º 4223-2006-AA, fj. 35). Por ello, declaró infundada la demanda; sin embargo, dispuso “la realización permanente de mediciones de la exposición radioeléctrica de la población, a fin de que se garantice la no afectación de los derechos fundamentales al medio ambiente y a la salud de los demandantes”. Desconocemos el mecanismo utilizado por el

Tribunal Constitucional para verificar el cumplimiento de este extremo de su sentencia.

No cabe duda de que en el caso de *La Oroya*, la interposición de un proceso de cumplimiento es relevante ante la afectación del derecho a la salud como consecuencia de la contaminación con plomo en la ciudad de La Oroya (Expediente n.º 02002-2006-AC/TC, sentencia de 12 de mayo de 2006).

En tal ocasión, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda disponiendo, entre otros aspectos, “que el Ministerio de Salud, en el plazo de 30 días, implemente un sistema de emergencia para atender la salud de las personas contaminadas por plomo en la ciudad de La Oroya, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes, a efectos de su inmediata recuperación”. Lo lamentable del caso es que existen dificultades para cumplir con la referida sentencia.

En consecuencia, existen algunos casos importantes, aunque aislados, que no han significado un aporte sustancial a la defensa efectiva del derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado en el país. Para ello se requiere de un esfuerzo de mayor envergadura que no puede agotarse en el plano jurisdiccional, sino que requiere de un esfuerzo de mayor envergadura que no puede agotarse en el plano jurisdiccional e implica el fortalecimiento de mecanismos de control previo, de incentivos, de fiscalización y aplicación de sanciones administrativas y penales entre otros aspectos.²²⁴

5.2. El amparo ambiental

Nos abocaremos al Proceso Constitucional de Amparo por ser el más utilizado en la protección de los derechos ambientales. En el proceso de amparo se intenta reponer “las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación a un derecho constitucional”.

²²⁴ABAD YUPANQUI. Samuel (2008, p. 204). *Ob. cit.*

El derecho subjetivo a la calidad de vida como garantía constitucional, puede facultar a cualquier individuo u organización a interponer una acción de amparo, pero también puede recurrirse a esta vía expedita y rápida en defensa de los derechos que protegen el ambiente, pues posee incidencia colectiva, en general, aunque no se encuentre afectado un derecho subjetivo de incidencia meramente particular.

Tal alcance resulta de los términos expresos de la norma constitucional que habilita la acción de defensa de los derechos de incidencia colectiva, esto es, de los intereses difusos, legitimando al afectado, al defensor del pueblo, y a las asociaciones debidamente registradas que propendan a esos fines.²²⁵

Por ello, el amparo es una tutela que tiene una naturaleza de tutela preventiva de los derechos fundamentales y no de tutela resarcitoria. En tal sentido, en la vía de amparo —a diferencia del proceso civil— la confusión entre los dos tipos de tutela señaladas —o entre *class action* y tutela de derechos difusos— se encuentra superada, pues simplemente en el amparo no es pertinente solicitar ningún tipo de indemnización dineraria.

5.2.1. Antecedentes de Acciones de Amparo en defensa de derechos ambientales

A continuación mencionaremos algunos importantes antecedentes de procesos de amparo en defensa del medio ambiente, que no hacen otra cosa más que indicarnos que la defensa del medio ambiente como un derecho fundamental fue ejercida por personas naturales y jurídicas con anterioridad a la vigencia del Código Procesal Constitucional.²²⁶

a) Caso *El Frente Ecológico Peruano*. Movimiento de Juventudes en 1998 interpone una demanda de Acción de Amparo en contra del

²²⁵BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1995, p. 78). *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Ed. Abelardo Perrot.

²²⁶VIDAL RAMOS, Roger (2008, pp. 179-183). “El derecho al medio ambiente y su protección en el Código Procesal Constitucional”. *Gaceta Jurídica*, tomo 170.

Alcalde del Concejo Distrital de Jesús María.- (quien ordenó la tala de árboles del Campo de Marte). La primera sentencia de amparo favorece a la defensa del medio ambiente peruano, teniendo como juez al doctor Vladimir Paz de la Barra (Décimo Quinto Juzgado de Lima). El mismo juez, posteriormente, amparó una demanda interpuesta por la misma institución de protección del ambiente contra el Rally Automovilístico Trasandino, el cual hubiera atravesado por la reserva, de no haber procedido el amparo.

Del mismo modo, el juez Vladimir Paz, amparó la acción que interpusiera la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental contra las organizaciones del Inca Rally (*motocross*), con el fin de evitar que la carrera atravesara la Reserva Nacional de Paracas, el Santuario Histórico de Machu Picchu y la Reserva Nacional de Pampas Galeras. Es así que esta jurisprudencia deja clara la legitimidad de las asociaciones de protección del ambiente, para interponer acciones de esta naturaleza y referidas a cualquier lugar del territorio nacional.

- b) La sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de 26 de octubre de 1995 (Expediente n.º 383-9530).-**, es un precedente de las decisiones jurisdiccionales en materia medioambiental en nuestro ordenamiento jurídico nacional; en especial, sobre “la emisión de sonidos incómodos e insoportables para el goce efectivo del derecho a la paz, tranquilidad, al disfrute del tiempo libre, el derecho al descanso, el derecho a goce del domicilio y el derecho de intimidad personal y familiar”.
- c)** Un caso interesante se presentó ante la existencia de ruidos molestos producidos por empresas que realizaban espectáculos musicales que afectaban la tranquilidad de la ciudadanía, derecho reconocido por el artículo 2, inciso 22 de la Constitución.

El constitucionalista Samuel Abad Yupanqui,²²⁷ en su libro “El proceso constitucional de amparo”, nos ilustra con importantes antecedentes de amparos presentados en tutela de los derechos ambientales:

- La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, con fecha 25 de marzo de 1994 (Expediente n.º 1581-93-165) declaró fundada la demanda de amparo presentada por Edmundo Cerna Gregorio y otros contra “La casa del tío Cesar” y la “Peña del Tío Tiburcio” y dispuso que los demandados suspendan la atención nocturna en sus locales hasta que los acondicionen conforme a las normas reglamentarias respectivas.

Que la acción de garantía tiene por objeto que cesen los ruidos molestos que perturban el descanso del vecindario causados por las peñas “La casa del Tío Cesar” y la “Peña del Tío Tiburcio” de la ciudad de Huaraz, las que además carecen de licencia especial de funcionamiento para operar después de las veintitrés horas; que la suspensión que se ordena es en cuanto se adecúan a las instalaciones de tales locales para impedir que se sientan en el exterior ruidos que atentan contra el descanso, la salud y el sosiego de los vecinos del sector y obtengan, previos los dictámenes correspondientes, la respectiva licencia especial de funcionamiento.

d) Caso Ludesminio Loja Mori contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (Expediente n.º 3330-2004-AA/TC).-En este caso se presentó un conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de empresa y el derecho a la salud. Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que “si el respeto a los derechos invocados en la demanda supone menoscabar los derechos a la salud y a un medio ambiente sano de los vecinos, convirtiéndolos en irreparables, es evidente que deben prevalecer estos últimos, por estar vinculados al principio de protección al ser humano, contenido en el artículo primero de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el

²²⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel B. (2004, pp. 412-414). *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 1.ª Ed.

respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y sin cuya vigencia carecerían de sentido todos los demás derechos constitucionales. Es evidente, también, que el interés individual no puede primar sobre el interés colectivo”.

e) Caso Asociación Civil PROTERRA contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, la Compañía Cervecera AMBEV PERÚ SAC., la Municipalidad Distrital de Lurigancho-Chosica y otro (Expediente n.º 2682-2005-PA/TC).- A diferencia de las resoluciones antes citadas, el Tribunal Constitucional en el presente caso, ya no pone especial énfasis en el contenido esencial del derecho al medio ambiente sano, sino busca fortalecer el mecanismo de protección que tiene este derecho, como es el proceso de amparo.

Al respecto citaremos los siguientes fundamentos:

Que las demandas de amparo cuyo objeto es la protección ante amenazas o lesiones del derecho al medio ambiente adecuado y el derecho a la salud exigen del juez ante el cual son planteadas, el desarrollo pleno e intenso de las potestades de investigación a efectos de esclarecer todos los extremos de la controversia. (Fundamento 5).

Asimismo,

Cuando el derecho presuntamente amenazado o lesionado detenta un especial valor material en el sistema de derechos constitucionales dada su condición de presupuesto para el ejercicio de los otros derechos, tal como es el caso del derecho a la vida, a la salud, a la integridad o el propio derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado, la declaración de improcedencia que, *prima facie*, deriva de la ausencia de una etapa probatoria en el proceso de amparo, debe ser morigerada. (Fundamento 7).

Finalmente,

El derecho a un medio ambiente adecuado y equilibrado detenta un especial valor material en el sistema de derechos constitucionales debido a su condición prioritaria o de presupuesto para la vida y la propia salud de la sociedad; por tanto, el juez, luego de admitir la demanda, en ejercicio de su deber razonable y proporcional de investigación, deberá efectuar todos los actos procesales y acopiar la información relevante a efectos de esclarecer plenamente la controversia planteada. (Fundamento 10).

Es grato ver que el Tribunal Constitucional se pronuncie dictando sentencias a favor del derecho que tiene una persona a un ambiente sano, y lo más importante, dejar jurisprudencia para el futuro.

- f) Caso Asociación de Propietarios del Sector Imperial del Asentamiento Humano Pamplona Alta contra Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y Asociación de Pequeños Comerciantes Israelitas Unidos (Expediente n.º 03448-2005-PA/TC).**- Sin duda, entre las sentencias revisadas ésta nos ha parecido la más aproximada al tema que venimos trabajando.

Las principales reflexiones que podemos extraer son las siguientes:

En primer lugar, el Tribunal Constitucional brinda un concepto de lo que podríamos interpretar como medio ambiente: “En la noción de medio ambiente debe comprenderse tanto el entorno globalmente considerado —espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza, como son el aire, agua, suelo, flora, fauna— como el entorno urbano”.

De igual forma, en relación con el contenido esencial del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, ha establecido que “está determinado por el derecho de gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio

ambiente se preserve”.

Finalmente, concluye que “el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone la exigencia de condiciones mínimas que el Estado debe asegurar a los individuos, a fin de permitir su desarrollo, siendo que el Estado no sólo está obligado jurídicamente a establecer estas condiciones mínimas de modo técnico, sino, adicionalmente, a respetarlas y a asegurar el respeto de los demás agentes sociales. Para ello, el Estado determina una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos, pero, además, se compromete a desplegar una serie de actos tendentes a asegurar esos estándares mínimos y, como resulta evidente, a no vulnerar los mismos ni permitir su vulneración como resultado de la actividad de terceros”.

g) Caso Pantanos de Villa (Luchetti).- A mediados de 1997, la empresa Luchetti Perú S.A. —empresa de capitales chilenos— empezó a construir, en un área de 59,943.00 metros cuadrados, una importante fábrica industrial de pastas frente a la Zona Reservada de Pantanos de Villa o Área Ecológica Metropolitana ubicada en el Distrito de Chorrillos, en el Departamento de Lima, “poniendo en peligro, según los expertos y organizaciones ecologistas nacionales y extranjeras, la última reserva ecológica existente en la ciudad de Lima. Lo cual no sólo constituye patrimonio de la nación, sino un humedal de importancia mundial reconocido como tal por la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente, como hábitat de aves acuáticas, celebrada en Ramsar el 2 de febrero de 1971 y ratificada por el Perú en 1991”.²²⁸

Dos años más tarde, en 1998, la Municipalidad Metropolitana de Lima decidió cancelar las licencias de construcción de Luchetti (declarándolas nulas) porque,

²²⁸ Cfr. BLUME FORTINI, Ernesto (1998, p. 103). “El caso Luchetti: el derecho y deber de una ciudad de defender su patrimonio ecológico. La desnaturalización del proceso de amparo. La abdicación del Poder Judicial”. Revista *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 9, año IV.

esencialmente, la planta en cuestión se encontraba ubicada en la zona de influencia de los llamados Pantanos de Villa, y en dicha zona sólo podían funcionar industrias livianas I-2 y no grandes empresas, como era el caso de Luchetti que tenía que tener una escala de zonificación I-3.

Ante estos hechos, Luchetti inició un proceso de amparo contra la Municipalidad de Lima, en la que buscaba la tutela de su derecho de propiedad.

Esta acción de amparo fue admitida en tiempo récord, y fue confirmada en segunda instancia.

Lo curioso del caso es que pocos días antes de emitirse sentencia de primera instancia en el proceso de amparo mencionado, se presentaron en la vía civil veintiún solicitudes de medidas cautelares, mediante las cuales se buscaba, exactamente, la pretensión contraria a la que era objeto del proceso de amparo; es decir, se solicitó que la empresa Luchetti se abstenga de continuar la construcción y puesta en funcionamiento de la planta industrial, pues atentaba contra el medio ambiente.

Dos de las medidas cautelares fueron admitidas en sede civil, provocándose resoluciones judiciales contradictorias.

Así, notamos cómo la función administrativa del Estado puede verse algunas veces incompleta o incapacitada para proteger el medio ambiente. En el presente caso, Luchetti habría contravenido una norma administrativa “que, aparentemente, era bastante clara”, por la cual no podían ubicarse grandes industrias en la zona de influencia de los Pantanos de Villa y, por lo tanto, el objeto del proceso debió de ser bastante simple.

Era, pues, un caso de derecho urbanístico antes que un caso de medio ambiente; lo cual nunca quedó aclarado del todo, pues a pesar de existir normas técnicas, como son el Reglamento Nacional de Construcciones y el Reglamento de Zonificación General de Lima Metropolitana, resultó

cuestionable que se haya ordenado la total paralización de las actividades económicas de Luchetti, ya que parecía más eficiente condenar a dicha empresa a tomar las medidas preventivas, como el uso de tecnología e instrumentos no contaminantes o, en el peor de los casos, debió ser condenada a reducir su producción.

Pues, esto es una muestra clara de cómo los magistrados todavía no han comprendido el carácter complejo de este derecho constitucional; no comprenden aún la doble naturaleza de este derecho, que es tan individual como colectiva, y se relaciona directamente con el respeto de la dignidad de la persona humana, así como el respeto a su salud y otros derechos de vital importancia.

El Poder Judicial se manifiesta en posiciones contradictorias cuando trata de resolver respecto a este derecho, ya que serán los jueces los que decidirán en última instancia. Es por esta razón que las sociedades deben contar con un Poder Judicial sólido y autónomo y —desde luego— altamente capacitado.²²⁹

Como se puede apreciar en las líneas anteriores, la demanda de amparo constituye el mecanismo procesal más antiguo en nuestro sistema procesal de acceso a la justicia ambiental, dado que desde la protección del derecho a la salud, a la tranquilidad, al goce del domicilio y protección del patrimonio ambiental —áreas naturales protegidas y biodiversidad— es que se viene brindando tutela jurisdiccional. El amparo ambiental cobra mayor importancia y forma procesal cuando el Código Procesal Constitucional²³⁰ incorpora como supuesto que contra cualquier vulneración del derecho “a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida procede el amparo”.

²²⁹SOTO COAGUILA, Carlos A. (2005, p. 313). “El derecho frente a los depredadores del medio ambiente. Reflexiones en torno a daño ambiental”. *Advocatus*, n.º 13. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

²³⁰Artículo 37..- “Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

(...)

23) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”.

La legitimidad para obrar activamente recae en quien afirma ser titular de la situación jurídica que haya sido invocada en la demanda de amparo ambiental, los sujetos procesales que tienen legitimidad activa son: (i) cualquier persona; (ii) el defensor del pueblo; y (iii) las personas jurídicas.

El artículo 40 del Código Procesal Constitucional faculta al defensor del pueblo a interponer la demanda de amparo.

En un trabajo anterior sostenemos que uno de los mecanismos legales más rápidos y efectivos por la importancia que tienen en efectos de evitar, paralizar, y mitigar los diversos daños ambientales, son las demandas de acción de amparo ambiental, que deberán ser las acciones más efectivas.

Esta nueva tendencia que proponemos, dependerá de la responsabilidad e importancia de todos los hombres del derecho, al estudio y aplicación de las normas y escasa jurisprudencia ambientales que existen en nuestro ordenamiento jurídico. El Código Procesal Constitucional faculta a cualquier persona a interponer la acción correspondiente contra el posible, eminente y consumado daño ambiental. Es de resaltar la importancia que brinda el Código mencionado a los derechos difusos, los cuales —por excelencia— son bienes y derechos ambientales.²³¹

5.3. El Proceso de Cumplimiento en el Caso La Oroya – Doe Run

La Oroya está asociada a la evolución de la actividad minera en el país. El complejo minero metalúrgico, ubicado en esta ciudad, inició sus operaciones en 1922, pasando desde el control de una empresa transnacional, como fue el caso de Cerro de Pasco Corporation, a una empresa pública, luego de la

²³¹VIDAL RAMOS. Roger (2008, p. 183). “El derecho al medio ambiente y su protección en el código procesal constitucional”. *Actualidad Jurídica*, tomo 170. Lima: Gaceta Jurídica.

estatización en la década de 1970, cuando se crea Centromin Perú.

Finalmente, la unidad de La Oroya fue transferida a la empresa norteamericana Doe Run²³² en octubre de 1997, como producto del proceso de privatización, retornando así, después de más de dos décadas, bajo el control de una empresa privada.

“De acuerdo al estudio realizado por el Ministerio de Salud en 1999, el 99.1% de los niños en La Oroya sufren de intoxicación por plomo, mientras que el 20% requieren urgentemente de hospitalización” (si bien es información de 8 años atrás, ayuda en el aspecto estadístico).

Monitoreos de calidad de aire, realizados por la empresa Doe Run, muestran que los promedios diarios de dióxido de azufre exceden al triple los límites máximos permisibles que exige la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Anteriormente, se publicó un informe del Instituto Blacksmith, acerca de los 10 lugares más contaminados del planeta y, lamentablemente, el Perú representado por la Ciudad de la Oroya está ocupando el quinto lugar de la lista.²³³

En este caso, los derechos constitucionales que garantizan el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la salud, no son respetados por la empresa, presentándose una flagrante vulneración de derechos fundamentales, y de conflicto entre el desarrollo económico de la zona VS. La protección del medio ambiente.

²³² La Doe Run, cuya casa matriz se encuentra en el Estado de Missouri en los Estados Unidos de América, es una antigua empresa minero metalúrgica que opera desde 1864. Representa una de las principales productoras de plomo en Norteamérica (Doe Run Company de Missouri); su producción en mina equivale al 85% del plomo que se produce en los Estados Unidos de América con seis minas, concentradoras, fundiciones y recicladoras.

²³³ Ver: TORRES MEJÍA, Miguel (2007). *El derecho a un medio ambiente sano*. Lima, www.idea.org.py/rda.

Esta vulneración a los derechos constitucionales, es el producto de que muchos de los pobladores en estado de indefensión y/o vulnerabilidad, en este caso, ciudadanos de La Oroya, no tengan conocimiento exacto y completo de que existen estos derechos fundamentales, como es el respeto a un ambiente sano y directamente a la protección de su vida y la salud, entre otros, que en este caso se están vulnerando, sin que las autoridades competentes (gobiernos locales y regionales) accionen ordenando la protección de estos derechos.

Asimismo, otro problema importante, en este caso, es el desconocimiento por parte de los ciudadanos de mecanismos de protección, como son los procesos constitucionales, que se inician, justamente, para proteger a los ciudadanos.

Por otro lado, las disposiciones Ambientales no han sido respetadas, tales como el PAMA (Programa de Adecuación y Manejo Ambiental), que ha sido aplazado hasta el año 2009.

El 6 de diciembre de 2002, un grupo de habitantes de La Oroya interpusieron una acción de cumplimiento ante el Tribunal Constitucional en contra del Ministerio de Salud, por el hecho de no ir a dicha ciudad a revisar las enfermedades que van adquiriendo los habitantes, producto de la contaminación que la fábrica Doe Run realiza.

La demanda fue declarada fundada y el Tribunal Constitucional ordenó al Ministerio de Salud que acudiera a La Oroya y evaluara a los habitantes, exigiéndole un informe al término de esta visita, debiendo priorizar la atención médica especializada de niños y mujeres gestantes. Asimismo, ordenó la adopción de medidas urgentes, a fin de aplicar tratamientos inmediatos para su recuperación, bajo apercibimiento de aplicar las medidas coercitivas establecidas en la ley.

Este proceso constitucional de cumplimiento es instaurado ante la inoperancia e ineficiencia del gobierno local y central, en cautelar y proteger derechos constitucionales.

Ante la debilidad que muestra la Constitución y otras normas referidas al medio ambiente sano, que en este caso constituyen daños irreversibles a la vida y la salud de los ciudadanos, que muy difícilmente podrán recuperarse, afectando gravemente su desarrollo, proyecto de vida y otros.

Entonces, cabe preguntarnos si la Constitución ha otorgado una adecuada y completa protección al derecho de gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, así como al derecho a la salud de los ciudadanos.

Ante estos hechos de contaminación ambiental y afectaciones a la salud, ¿por qué las autoridades pertinentes no tomaron ninguna acción al respecto? ¿Estos hechos podían haberse evitado?

Teniendo en cuenta los antecedentes que tiene la empresa Doe Run Company de Missouri en los Estados Unidos de América, y muy especialmente, en la zona del viejo cinturón del plomo (*Old Lead Belt*), donde esta empresa tiene una antigua presencia, y su actividad —al parecer— no ha estado exenta de cuestionamientos de contaminación ambiental, como lo señalan organizaciones ambientales norteamericanas, como es el caso de la Missouri Heartwood.

5.3.1. La Oroya en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Se presentó un petitorio del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por la violación de derechos humanos (incluyendo a la vida, la salud y la integridad) por parte del Estado del Perú.

La denuncia buscaba que se declare la responsabilidad del Estado peruano frente a la grave contaminación que afecta la vida y la salud de los pobladores de La Oroya, y fue presentada por el abogado (en ese momento) de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), Carlos Chirinos y representantes de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente

(AIDA) y el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA), la misma que se ha presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Las mencionadas organizaciones sustentaron la petición en virtud de la falta de acción y control que debe realizar el Estado peruano frente a la contaminación realizada por la empresa Doe Run, indicando que este control debe ser realizado por el Ministerio de Energía y Minas, ya que esta situación que vulnera y atropella diariamente los derechos humanos de los pobladores de esa ciudad, principalmente, de niños y madres gestantes.

El petitorio presentado tiene el objetivo de que la CIDH exija al Estado peruano la implementación de medidas cautelares de carácter urgente, con el fin de detener las graves violaciones que se vienen concretando, y que afectan, principalmente, la salud de los ciudadanos de La Oroya más vulnerables: los niños.

La Doe Run en los diez años que viene trabajando en nuestro país no se ha preocupado por reducir el gran nivel de contaminación que su complejo metalúrgico viene causando al medio ambiente de esta ciudad, sobre todo en sus habitantes. Hay que rescatar que gracias a estas organizaciones el Estado peruano ha puesto presión a la empresa Doe Run, que no ha tenido otra opción que empezar a asumir responsabilidades; y en el presente se está esforzando por disminuirla contaminación que su fábrica metalúrgica provoca.

5.4. Proceso de Inconstitucionalidad Municipalidad de Miraflores

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas n.º 212-2005 y n.º 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores (Expediente n.º 007-2006-PI/TC).

La Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, quienes tienen sus establecimientos comerciales ubicados en las calles San Ramón de Figari,

conocida como la “Calle de las Pizzas”; y demás zonas de afluencia en el Distrito de Miraflores, interponen demanda de Inconstitucionalidad contra las Ordenanzas n.º 212-2005 y n.º 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores, porque consideran que existe una vulneración a la libertad de trabajo y la libertad de empresa, al regular el horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, autodenominada “Calle de las Pizzas”.

La Municipalidad de Miraflores, al contestar la demanda, manifiesta que la restricción en el horario de atención para los locales y establecimientos comerciales, se justifica en el interés público y los beneficios para la comunidad, ya que estos establecimientos venían incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil, causando peligro inminente a la vida, integridad de las personas que labora y concurren dichos locales. Consecuentemente, la restricción de horarios tiene como justificación la conservación del orden, la preservación de la seguridad ciudadana, la tranquilidad y salud de los vecinos.

El análisis de ponderación a efectuar es, precisamente, identificarlos derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto.

Hemos dejado establecido que el fin constitucional de la restricción es la protección del derecho medioambiental, así como del derecho a la tranquilidad y a la salud.

Por su parte, la restricción constituye una intervención o limitación de la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales de la zona restringida, y además del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida.

El grado de realización de la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad es elevado. El derecho al medio ambiente adecuado está garantizado por el artículo 2, inciso 22, de la Constitución. Este derecho

comprende, entre otros aspectos, la garantía de un entorno acústicamente sano. La mejor forma de alcanzar este objetivo es posibilitando un ambiente silente, durante las horas nocturnas y de la madrugada, propósito que se alcanza a través de la restricción de los horarios que ha sido examinada.

De igual manera, el grado de realización de la protección del derecho a la salud es elevada. El descanso y el dormir habitual de la persona constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía; por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno.

Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. La salud, por su importancia, no puede protegerse a través de medios que den paliativos frente a factores que la afectan o que la ponen en peligro, sino a través de medios plenamente efectivos, de modo que se garantice con eficacia el derecho a la salud de las personas.

El Tribunal Constitucional se pronuncia en el sentido de que la medida que restringe el horario de atención de los locales públicos, es constitucional, pues resulta proporcional a la finalidad que busca lograr la protección del derecho al medio ambiente acústico y descanso de los vecinos, en la medida que ha comprobado que la intervención en la esfera protegida de los derechos a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa es leve. En consecuencia, se confirma la constitucionalidad de las normas que establecen la restricción del horario de atención.²³⁴

Asimismo, el ruido que se produce en la zona de restricción origina una contaminación acústica de considerable magnitud y se originan, por lo menos, tres factores.

²³⁴Informe Especial (2007, pp. 88-98). “El derecho a un medio ambiente acústico ¿justifica la restricción del horario de atención de establecimientos comerciales?”. En *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, n.º 111.

Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y de otros. Por otra parte, el desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evacuación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada ocasionan ruidos provenientes, tanto de conversaciones, tráfico de vehículos, etc.

5.5. Procesos civiles y problemas en el acceso tutela jurisdiccional ambiental

Uno de los principales problemas de acceso a la justicia ambiental en nuestro sistema civil se percibe al momento de estudiar la factibilidad de interponer una demanda civil debido a índoles procesales como la legitimación, carga de la prueba, la prescripción, determinación de las indemnizaciones y las medidas cautelares, trataremos de establecer las mejores opciones procesales civiles y los problemas que se presentan al momento de interponer la demanda ambiental.

Es interesante destacar que muy tempranamente, al comienzo de la década del cuarenta, se abre la vía judicial de la lucha legal contra la contaminación, se trata de la demanda interpuesta por doña Elvira Santa María de Bazo, representante de la testamentaria de don Juan Bazo Velarde, contra la compañía Cerro de Pasco Copper Corporation, para que le indemnice por los daños que ésta le había causado con los humos de la fundición de La Oroya, en su ganado lanar y vacuno que pastaba en la hacienda Jatunhuasi.

La demandante sostuvo que los efectos tóxicos se apreciaban en la disminución constante del factor de natalidad, en la pérdida progresiva de lana y en el desmejoramiento y empobrecimiento fisiológico de los ganados. El abogado de la testamentaria Bazo fue el doctor Manuel Augusto Olaechea y el abogado de la Cerro de Pasco Copper Corporation fue el doctor Ernesto de la Jara y Ureta.

La demanda fue planteada por el doctor Olaechea fundándola sobre “la doble base legal de la culpa y el riesgo, agregando que la Cerro de Pasco Copper Corporation operaba la fundición y causaba humos por un acto deliberado y constante de libre determinación.

La demandada se defendió con argumentos de hecho (los humos no causan daño) y también con un argumento productivo: “dicha solución (nociva) es inherente a la industria metalúrgica que no ha estado en sus manos remediar.

Además, se invocó la existencia de un pacto de irresponsabilidad. Aun cuando en la discusión judicial no se hace un análisis de la contaminación, es interesante que, por Resolución Suprema de 1 de diciembre de 1942, la Corte Suprema condena a la Cerro de Pasco Copper Corporation el pago de los daños, con lo cual se rechaza la pretendida inmunidad del agente contaminante basada en la argumentación de que la contaminación es una consecuencia inevitable y necesaria de la producción industrial. De esta manera se produce el primer paso de la lucha judicial contra la contaminación.²³⁵

La justicia civil es la que presenta mayores problemas en materia de acceso a la justicia ambiental. Los problemas procesales de justicia civil, por cierto, exceden la cuestión de la legitimación. Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones que plantea para el litigio ambiental el régimen cautelar o el régimen de pruebas del proceso civil, o los límites de las facultades del juez en razón del principio de congruencia o los alcances de la propia cosa juzgada, o en términos más generales, la vigencia irrestricta del principio dispositivo en el proceso civil, que priva al juez de las facultades necesarias para orientar el proceso y lo obliga a ceñirse al impulso que le otorguen las partes.²³⁶

El daño ambiental presenta características que lo distinguen de los daños

²³⁵DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (pp. 345-346). *Ob. cit.*

²³⁶BRAÑEZ, Raúl (2001, pp. 343-344). *El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal*. Bogotá: Universidad de Externado, 1.^a Ed.

civiles y que, por lo mismo, exigen una regulación especial, entre otras cosas, en materia de tutela judicial, empezando por la legitimación procesal. Estas características han sido descritas muchas veces. Entre éstas figura su “repercusión”, por los efectos indeseables que el daño ambiental puede generar, al mismo tiempo en los intereses de la sociedad y en los intereses de los individuos. En efecto, hay que distinguir entre los daños de contaminación que serían sufridos por patrimonios identificables y particulares, y los daños ecológicos propiamente sufridos por el medio natural en sus elementos inapropiados que afectan el equilibrio ecológico.

Brañez, considera que de un mismo hecho se pueden derivar tres tipos de daños, desde la perspectiva de los sujetos afectados. En efecto, es posible que un mismo hecho pueda generar un daño individual cuando afecta de manera singular, y es perfectamente identificable en una determinada persona (que, por lo general, se refiere a la salud o a sus bienes).

Sin embargo, también se considera la situación en que pueda generar un daño colectivo cuando afecta a un grupo de personas, identificables o no, que forman una comunidad determinada (a su salud, a sus bienes y a su bienestar). El mismo hecho puede generar, además, un daño a la nación, o incluso a la humanidad, cuando afecta las expectativas del desarrollo sostenible en función de las presentes y futuras generaciones.²³⁷

5.6. Requisitos procesales de la tutela procesal de los derechos ambientales

5.6.1. Legitimación

Empecemos afirmando que, a diferencia del Derecho Civil y el Administrativo, en el Derecho Ambiental no se requiere de un derecho subjetivo para imponer una acción o activar una tutela jurisdiccional. La legitimación clásica entendida como la posibilidad de que el actor resulte directamente afectado, o que se

²³⁷ BRAÑEZ. Raúl (2001, p. 344). *Ob. cit.*

ostente algún título de propiedad, usufructo, arrendamiento, o cualquier otra situación jurídica preconstituida, que lo coloque en una situación reconocida por el ordenamiento y que le otorgue un espacio procesal, no se precisa en materia de Derecho Ambiental.

Al configurarse el daño resarcible como daño particular o privado, la legitimación personal se restringe al sujeto que ha sufrido el daño en sus derechos subjetivos o en sus intereses jurídicamente protegidos o, en general, en su esfera de intereses o atributos personales.

No cabe duda alguna de que el afectado por el denominado daño tradicional —patrimonial o extrapatrimonial— está legitimado para interponer la acción de responsabilidad civil.²³⁸ Y si el daño fuera difuso, la legitimación para interponer acciones ambientales recae en cualquier miembro del grupo perjudicado.

Miguel de Perales afirma sobre la legitimación ambiental, que la legitimación activa es simple, podrá reclamar la reparación de un daño aquél que lo ha sufrido. Sin embargo, no hace falta profundizar y conocer los rasgos que definen la eliminación frente a los daños ambientales siendo: a) en muchas ocasiones los daños son despersonalizados o anónimos; b) suelen alcanzar a un elevado número de víctimas; c) suelen ser el resultado de actividades especializadas, que utilizan técnicas específicas.²³⁹

La legitimación procesal deviene particularmente relevante en el Derecho Ambiental, ya que, como hemos indicado, es un requisito para acceder a la justicia. Sin embargo, en el Derecho Ambiental se habilita, por imperio de la Constitución, a cualquier persona para que acceda a los recursos e instancias de garantía, que le permitan hacer efectivos sus derechos constitucionales a disfrutar de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y a la protección y seguridad del ambiente, en el sentido consignado por los

²³⁸ ÁLVAREZ, Natalia. *Ob. cit.*, p. 1741.

²³⁹ DE PERALES, Miguel. *Ob. cit.*, p. 370.

artículos 46, 50 y 86 de la Constitución Política de Costa Rica.²⁴⁰

En todos los supuestos en los que se pretende defender un interés ambiental, el difuso contenido del Derecho, debe justificar la relación entre la cuestión de fondo y el requisito procesal de legitimación.

La Ley General del Ambiente (LGA) otorga una legitimación amplia a fin de que cualquier persona pueda interponer una acción legal en tutela de los derechos ambientales, sea de titularidad privada o difusa. No obstante, algunos autores siguen insistiendo en que la legitimación es restrictiva.

A consideración de Mario Reggiardo,²⁴¹ la legitimidad para obrar restringida en el patrocinio de derechos difusos entra en aparente contradicción con el artículo 143 de la LGA, que dispone que cualquier persona natural o jurídica está legitimada para plantear una pretensión de indemnización por daños ambientales.

La fortaleza de esta última posición radica en que la LGA es una norma especial y posterior frente al CPC, además de que existe una tendencia creciente a considerar que cualquier persona individual puede iniciar acciones legales con la finalidad de proteger el ambiente. Sin embargo, otra interpretación que se le puede dar es que dicha norma, concordada con el artículo 142.1 de la LGA, dispone que cualquier persona puede iniciar un proceso para obtener una reparación por daño a la calidad de vida, a la salud o al patrimonio individual, pero no por daños al ambiente no individualizados, donde se aplica la protección de derechos difusos.

Por lo demás, a juicio de Reggiardo, es conveniente que la facultad de presentar la demanda de patrocinio de derechos difusos no se confiera a personas individuales, pues en una sociedad corrupta y con poca información

²⁴⁰ARRIETA QUESADA, Liliana (2008, pp. 20-21). "La Legitimación procesal en el derecho ambiental". En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad de Externado.

²⁴¹REGGIARDO. Mario (p. 119). *Ob. cit.*

como la peruana, se presentan incentivos para que los abogados usen este proceso para intentar extorsionar a grandes empresas o (montar la carga del Poder judicial mediante demandas inviables. Las asociaciones civiles y sin fines de lucro sirven de algún modo como filtro.

Si bien es cierto que podrían existir incentivos perversos por parte de sujetos y abogados al presentar demandas ambientales, con lo cual se pretendería extorsionar a grandes empresas, también es cierto que no cualquier estudio de abogados o un abogado podría patrocinar una demanda por daños ambientales, por cuanto la carga de la prueba, los excesivos costos procesales, los costos exorbitantes de los peritajes y la especialización de los abogados, serían un primer filtro al que tendrían que someterse las posibles demandas ambientales malintencionadas. Además, tendrían que ver si se admiten las demandas ambientales por parte del Poder Judicial, necesariamente, para que un ciudadano o grupo de vecinos, pueda interponer una demanda ambiental, desde el momento que se estudie la posibilidad de éxito de obtener fundada la demanda, ya presenta limitaciones debido a los altos costos procesales, lo complicado de acreditar de la carga de la prueba, los peritajes, los altos honorarios de abogados y falta de apoyo de los medios de comunicación, siendo algunos puntos relevantes al momento de analizar si se opta por presentar la demanda y una vez presentada la demanda.

La LGA, en su título preliminar consagra como derecho primordial “El acceso a la justicia ambiental”²⁴² siendo entendido este principio y derecho primordial cuando la persona o la sociedad en su conjunto decide asumir la tutela procesal del medio ambiente o cuando en forma privada se vea perjudicado por

²⁴² Artículo IV.- Del derecho de acceso a la justicia ambiental

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquéllos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

algunos actos contaminadores.

La LGA, indica que cualquier persona tiene derecho a una acción procesal, rápida, sencilla y efectiva ante los entes administrativos y jurisdiccionales en defensa del medio ambiente. Esto es, concordante con las principales leyes procesales que de alguna forma permiten interponer una acción en protección de los derechos ambientales, como lo son, el Código Procesal Civil, la Ley Procedimientos Administrativos Generales, la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, el Código Procesal Constitucional, etc.

Esta tutela procesal puede ser ejercida en forma individual o en forma colectiva, considerando dentro de los principales bienes ambientales a proteger, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos, la conservación del patrimonio particular, así como la salud individual y colectiva de las personas.

Cabe agregar que, desde luego, se podría interponer una acción ambiental en tutela de la propiedad pública del Estado, así como por la propiedad privada de cada persona, quien en forma individual y por tener interés, tendría que interponer la demanda por daños ambientales individuales.

Otro punto que resalta el principio de acceso a la justicia ambiental, es el referido a que no hace falta tener “interés económico” por parte del accionante para interponer una acción judicial o administrativa en tutela del medio ambiente. Agrega además que el “interés moral” legitima la interposición de acciones procesales, incluso cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia. Es decir, se puede interponer una demanda cuando un vecino que está a una distancia de tres cuerdas del lugar donde funciona la fábrica—si bien no vive frente a la fábrica— por un interés moral está legitimado para interponer la acción que corresponda.

5.6.2. Prescripción de la acción

La prescripción como institución jurídica que crea o extingue derechos por el transcurso del tiempo cobra notable connotación ante la presencia del daño ambiental, la regla de la prescripción de la acción se encuentra en el código civil que establece dos plazos, el de dos años cuando existe responsabilidad contractual y el de diez años efecto de una responsabilidad extracontractual.

No podríamos aplicar en forma estricta los plazos diseñados en el código civil debido a que debemos de tener en cuenta que las acciones procesales por daño ambiental serían tendientes a reclamar los daños y perjuicios ocasionados sobre derechos subjetivos y/o intereses legítimos ocasionados como consecuencia de la contaminación ambiental, y que recaen sobre bienes ambientales susceptibles de apropiación privada (incluyendo los daños sobre la salud) que si serían prescriptibles, ello a raíz de la patrimonialidad y disponibilidad por parte de sus titulares, pero cuando estamos frente a un daño ambiental que vulnera los derechos ambientales colectivos (agua, aire y recursos naturales) estamos ante bienes ambientales donde los plazos prescripción se regirán por el plazo de diez años (interés difuso) e incluso para un sector de la doctrina estos plazos no deberían de prescribir²⁴³,

²⁴³ PEÑA CHACON. Mario. Daño Ambiental y Prescripción. En: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html. Las características especiales que distinguen al daño ambiental de los daños tradicionales deben llevarnos ineludiblemente a reinterpretar y amoldar el instituto clásico de la prescripción a esta clase nueva de situaciones no previstas por el legislador y por ello, es válido plantearse la tesis de la imprescriptibilidad de cierto tipo de acciones ambientales, y en otros casos la demora del plazo de iniciación de las mismas, en virtud a que la duda y la incerteza siempre serán inherentes a la cuestión ambiental y por tanto, el Derecho debe ofrecernos una especial protección a esta clase de pretensiones. Por ello, hemos partido de la tesis de que las acciones administrativas y judiciales instauradas, tanto por los particulares como por la misma Administración Pública, tendientes a prevenir, cesar y reparar el daño estrictamente ambiental, también denominado daño ambiental puro o de naturaleza colectiva, son imprescriptibles. Contrario a lo anterior, las acciones tendientes a reclamar los daños y perjuicios ocasionados sobre derechos subjetivos y/o intereses legítimos ocasionados como consecuencia de la contaminación ambiental, y que recaen sobre bienes ambientales susceptibles de apropiación privada (incluyendo los daños sobre la salud) si son prescriptibles, ello a raíz de la patrimonialidad y disponibilidad por parte de sus titulares.

consideramos que debería de establecerse y aplicarse en la Ley General del Ambiente en forma expresa que los plazos de prescripción para la interposición de demandas ambientales, deberán regirse en dos años para derechos ambientales: individuales – patrimoniales y el plazo de diez años para los derechos ambientales colectivos.

5.6.3. La pretensión por daños ambientales

Ante un proceso por daños ambientales, podríamos fijar en una demanda, las siguientes pretensiones procesales:

- a. inhibitoria,
- b. cesatoria; y
- c. responsabilidad civil, respectivamente.²⁴⁴

La LGA ha despejado las dudas a muchos magistrados, así como a cierto sector de la doctrina que entendían que la responsabilidad por daño ambiental sólo comprendía el cese de la actividad dañosa e indemnización, sin tomar en cuenta, en un rubro diferente, los costos de restauración.

La claridad conceptual de la LGA permite que ahora el juez civil pueda distinguir las siguientes pretensiones en un proceso judicial iniciado por responsabilidad civil por daño ambiental:²⁴⁵

- a. El cese de la conducta que ocasiona el daño ambiental;
- b. Medidas de prevención y mitigación previas al daño ambiental o cuando exista una amenaza de daño ambiental (evitemos que ocurra);
- c. Medidas de control y eficacia de las acciones de prevención y mitigación;

²⁴⁴ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003, p. 11). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

²⁴⁵CARHUATOCTO SANDOVAL. Henry. *Ob. cit.*, p. 168.

- d. La justa y equitativa indemnización económica a los afectados;²⁴⁶
- e. Los costos de la restauración del ambiente; y
- f. Medidas de prevención y mitigación post daño ambiental (para que no vuelva a ocurrir).

La LGA entiende que la reparación por daño ambiental engloba la restauración del ambiente o sus componentes afectados por el daño ambiental, así como a la indemnización económica según los intereses afectados.

Sostenemos que se debe priorizar, en principio, la reparación *in natura*; esto es, la restauración de los recursos naturales (agua, aire, tierra, bosque). Por ejemplo, si la empresa petrolera no reinyecta las aguas sucias y residuales afectando el río aledaño. Debe como primera obligación remediar dichos pasivos ambientales y restaurar el ambiente a un nivel cercano a su condición original.²⁴⁷

5.6.4. Medidas cautelares

La prevención es la base del sistema de responsabilidad ambiental y el objetivo primordial del derecho de daños. Los daños deben ser evitados a toda costa, en tanto se deriven de hechos lícitos como de infracciones contractuales, de actuaciones o de omisiones.

Tratándose el ambiente de un bien de naturaleza común o colectiva, de interés público y, en muchas ocasiones, de dominio estatal, el juzgador tiene el deber de evitar y ordenar la reparación de la lesión pretérita y de la presente, así como de tomar las medidas para que el daño no se vuelva a producir en un futuro.²⁴⁸

²⁴⁶ GONZALES MÁRQUEZ, José Juan (2003, pp. 79-80). *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México, D.F.: PNUMA.

²⁴⁷ CARHUATOCO, Henry (p. 169). *Ob. cit.*

²⁴⁸ PEÑA CHACÓN, Mario (p. 216). "Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contenciosa administrativa". En *Revista de Derecho Administrativa Derecho Ambiental*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, año 3, n.º 6.

El juzgador debe procurar la solución *ex ante* en vez de confinar el remedio a una solución *ex post*, ya que por sus características, muchos de los daños ambientales son irreversibles.

Se parte de la premisa de que en la mayoría de los casos, sólo otorgando anticipadamente la pretensión de la *litis*, mediante una resolución rápida, se logra evitar los futuros daños ambientales. Es por ello que la tutela del ambiente justifica soluciones ágiles, inmediatas y expeditas.

Lo ideal es que en los procesos de responsabilidad por daño ambiental, de oficio y/o petición de parte, y en cualquier estado del proceso, el juzgador pueda disponer de medidas preventivas de urgencia, aun sin audiencia de parte contraria y sin garantía de contracautela.

En los procesos donde se discuta la responsabilidad por daños ambientales contra el ambiente, se debe pasar de un régimen de medidas cautelares asegurativas del resultado del proceso, a un sistema de tutela inmediata, efectiva y material.

Lo ideal es que el juzgador posea amplias facultades para ordenar el cese, incluso poner fin a la actividad molesta o dañina del ambiente. De igual forma, debería tener poderes suficientes para determinar las herramientas más aptas para poner fin a la contaminación, ya que ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo que acontezca el daño, si jurídicamente puede ser evitado.

Por ello, las medidas preventivas no deben ser taxativas y el juzgador debería contar con un poder suficiente para aplicar aquéllas necesarias para cada caso en específico, así como el poder para crear e innovar medidas cautelares. Las medidas preventivas son incuestionables cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que está produciendo una actividad con el fin de paralizar el daño.

Se debe de conceder a los grupos de interés el derecho de solicitar directamente a los tribunales en casos urgentes un mandamiento judicial para que el contaminador (potencial) actuara o se abstenga de actuar con objeto de prevenir daños significativos o evitar nuevos daños al medio ambiente. Con este fin, se les debe permitir demandar al presunto contaminador sin necesidad de pasar previamente por las autoridades administrativas. Las medidas cautelares pueden consistir en la prohibición de una actividad peligrosa o la obligación impuesta al operador de prevenir daños o evitar nuevos daños. Sin necesidad de haber requerido previamente de una autoridad pública.

La necesidad de que el Poder Judicial sea flexible en el uso de las medidas cautelares, se desprende del artículo VII del Título Preliminar de la LGA, que dispone que cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

En el caso del patrocinio de derechos difusos, la regulación de las medidas cautelares es la dispuesta para la generalidad de procesos bajo el Código Procesal Civil (CPC). Por ello, consideramos que es indispensable que se disponga expresamente la posibilidad de que en materia ambiental se otorguen medidas temporales sobre el fondo; medidas innovativas y de no innovar, dado el carácter excepcional que el CPC otorga a dicho tipo de medidas.

Al respecto, es importante recordar a las autoridades judiciales que si el demandante solicita una medida cautelar que no es la adecuada, el artículo 611 del CPC, permite expresamente que el juez dicte la medida cautelar que considere adecuada para asegurar el cumplimiento de una sentencia que declare fundada la pretensión, así no haya sido solicitada. Esta facultad debe utilizarse en concordancia con los principios de *iura novit curia* (el juez aplica el derecho correcto así no haya sido invocado por las partes), y congruencia (el juez no puede dar algo distinto al petitorio, ni fundar su decisión en hechos no alegados).

Asimismo, en el caso de la medida de no innovar, debemos celebrar la modificación hecha al artículo 687 del CPC (Decreto Legislativo n.º 1069), a partir de la cual se puso fin a una interpretación incorrecta por la cual muchos jueces consideraban que sólo debe otorgarse una vez admitida la demanda a trámite, cuando no exista justificación alguna para que se impida dicha medida cautelar fuera del proceso, como en el resto de situaciones cautelares. La norma modificada permite ahora que una medida de no innovar se conceda antes o después de presentada la demanda.²⁴⁹

A manera de referencia, los principios del sistema de responsabilidad civil por daños ambientales en Costa Rica, se encuentran inspirados en principios similares al legislado en la Ley General del Ambiente. Principios como el preventivo, precautorio, contaminador-pagador, equidad *inter* e *intra* generacional; corrección o solución a la fuente, así como los principios procesales idóneos para la correcta aplicación de la responsabilidad por daño ambiental, como lo son: ampliación de la legitimación procesal; inversión de la carga de la prueba o de efectiva colaboración; valoración de la prueba de manera comprensiva, integral y presunciones; valoración científica, utilizando la sana crítica racional; tutela cautelar inmediata, anticipada, urgente, para evitar daños actuales y futuros; sentencias con eficacia *erga omnes* y de cosa juzgada material; ejecución de sentencia oficiosa por el órgano jurisdiccional asegurando el interés general; responsabilidad de tipo objetivo y solidaria por actividades riesgosas.²⁵⁰

5.6.5. La Tutela ambiental pública

El Estado, a través de los organismos administrativos y jurisdiccionales es quien en *prima facie*, tiene exclusivamente la legitimidad para interponer acciones procesales en defensa del medio ambiente. Se considera entre las acciones más importantes, la realizada por el Ministerio del Ambiente que cuenta con una Procuraduría con alcance nacional, la Fiscalía Especializada en

²⁴⁹REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. *Ob. cit.*, p. 120.

²⁵⁰PEÑA CHACÓN, Mario (p. 214). *Ob. cit.*, *ibidem*.

Materia Ambiental, las Procuradurías de los Gobiernos Regionales, los Municipios y la Defensoría del Pueblo.

Qué duda cabe de que el Estado tiene todos los mecanismos procesales y financieros que puedan permitir una defensa activa del medio ambiente.

Lamentablemente, es necesario reflexionar ante la falta de compromiso procesal y político por parte de los gobiernos regionales y municipales, que en muchas oportunidades conocen de conflictos ambientales derivados de contaminación o derechos superpuestos y no se preocupan por establecer demandas o denuncias a través de sus áreas legales.

En la actualidad, la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental a sus pocos años de creación viene organizando actividades fiscalizadoras en contra de las empresas que puedan contaminar con apoyo de autoridades sectoriales como la Autoridad Nacional del Agua, la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud, la Dirección General de Asuntos Ambientales de PRODUCE y la Policía Ecológica. Este tipo de inspecciones tiene por finalidad prevenir posibles actividades contaminantes, y de existir indicios razonables de contaminación, formalizar la denuncia penal por delitos ambientales.

Es importante este tipo de trabajo coordinado entre el Ministerio Público y las autoridades administrativas sectoriales con competencias ambientales.

El Ministerio del Ambiente, con su Procuraduría Ambiental viene estableciendo diferentes procesos penales y administrativos en tutela del ambiente y derechos ambientales colectivos, siendo esto importante desde la función preventiva y de persecución de los delitos ambientales e ilícitos administrativos.

Los diversos ordenamientos optan por otorgar vías legitimadoras para la tutela jurisdiccional de estos intereses calificados como intereses públicos (intereses colectivos), o como intereses individuales con relevancia colectiva (intereses individuales genéricos) y, consecuentemente, la intervención de los organismos

públicos y también de los individuos y grupos cuyos intereses están siendo afectados.

Los intereses públicos son aquéllos que afectan a la sociedad en su conjunto, cuya relación con los individuos es más bien mediata o indirecta (intereses colectivos).

Entre éstos podemos mencionar la defensa del medio ambiente; la cual, a fin de encontrar protección procesal, han sido acogidos como intereses públicos, con el consecuente otorgamiento de su titularidad a favor de órganos públicos, facilitándoles, por medio de su tutela jurisdiccional, la tutela ambiental pública.

Esta vigilancia ambiental en el Perú viene siendo liderada por la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental y el Ministerio del Ambiente, desde su Procuraduría.

Según Monroy Gálvez, el acceso a la jurisdicción para la tutela de los intereses difusos no es un caso de legitimidad para obrar, sino para representación. Es así que señala lo siguiente:

Como resulta evidente, se trata de un mecanismo de representación de un grupo humano indiferenciado, razón por la cual es imposible que se coja este instituto y se le conceda capacidad procesal a las instituciones sin fines de lucro, afines al derecho que se pretende proteger.²⁵¹

En realidad, los titulares de los derechos difusos no son personas

²⁵¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa fe de Bogotá: Temis de Belaunde & Monroy Abogados, 1996, tomo I, p. 157. “En la sociedad se han desarrollado cierto tipo de derechos respecto de los cuales no hay posibilidad de identificar con algún nivel de precisión a los sujetos a quienes se les puede reconocer como titulares de tales derechos. Por ejemplo, los derechos del consumidor, *los derechos del medio ambiente o ecológico*. Por esa razón, la doctrina reconoce una institución como el medio a través del cual estos derechos pueden ser ejercidos, garantizando así la defensa procesal de sectores importantes de la sociedad que bien pueden considerar que tales derechos les pertenecen. Se trata del “patrocinio de los intereses difusos”.

indeterminadas ni indeterminables. Lo que ocurre es que al ser un número muy grande, como los habitantes de una ciudad, el costo de individualizar a cada titular es muy alto y se justifica la existencia de un instituto procesal que solucione el problema del costo de identificación y organización.

Por ello el CPC ha determinado que la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público, los gobiernos locales o regionales, las comunidades campesinas o nativas y las instituciones sin fines de lucro que estén legitimadas por ley o decisión motivada del juez.²⁵²

En principio, las entidades estatales no pueden llevar exitosamente este tipo de procesos por diversos motivos que van desde la simple inercia burocrática, la excesiva carga de trabajo y el bajo presupuesto, hasta la falta de capacidad técnica para asumir casos de defensa del ambiente.

Afortunadamente, se permite que las instituciones sin fines de lucro puedan iniciar estos procesos. Se trata de organizaciones cuya labor, en muchos casos, es defender específicamente el ambiente, para lo cual cuentan con personas expertas en el tema y muchas veces financiamiento para contratar asesoría ambiental legal especializada.²⁵³

No compartimos esta posición, por cuanto los gobiernos locales cuentan con las procuradurías públicas. Si bien existe una carencia de abogados especializados en Derecho Ambiental, los gobiernos municipales pueden solicitar apoyo legal a otras instituciones públicas como el Ministerio del Ambiente y la Defensoría del Pueblo y, desde luego, contando con el apoyo de las instituciones que tienen por fines la defensa del medio ambiente, existiendo medidas de apoyo legal y económico que se podría percibir, siempre dependiendo de la capacidad de gestión procesal de las autoridades de los gobiernos locales.

²⁵²REGGIARDO SAAVEDRA, Mario (2009, p. 119). "Marco general de la responsabilidad civil por daño ambiental". En *Revista jurídica de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*. Huánuco.

²⁵³*Ibidem*.

El Ministerio Público.- El Ministerio Público tiene a su cargo la defensa de la legalidad, así como del interés público y del interés social, razón por la cual se instituye como importante instrumento para la defensa de los intereses difusos o de grupo, con especial importancia en el ámbito penal, encontrándose esta opción recogida en nuestro ordenamiento legal, que le otorga legitimidad para obrar activamente, permitiéndole además la posibilidad de su intervención procesal cuando exista ya litispendencia.²⁵⁴

Defensor del Pueblo.- El *Ombudsman* o Defensor del Pueblo es otra institución creada para representar los intereses colectivos y fragmentados. En tanto se trata de la institución encargada de defender los derechos constitucionales de la persona, la Defensoría del Pueblo está plenamente legitimada para realizar las actuaciones necesarias a fin de salvaguardar o proteger dicho derecho, supervisando el cumplimiento de las obligaciones estatales de prevenir y controlar la contaminación ambiental y también mediante la interposición de procesos constitucionales ante cualquier proceso de deterioro o depredación de los recursos naturales que puedan interferir en el normal desarrollo de toda forma de vida y de la sociedad.²⁵⁵

El artículo 40° del Código Procesal Constitucional, faculta a la *Defensoría del Pueblo* a interponer la demanda de Amparo, lo cual nos indica que el Defensor del Pueblo está facultado a ejercer una Demanda de Amparo Ambiental, al tener conociendo que en su competencia existe un evidente daño ambiental en sus diversas formas.

²⁵⁴ Nuestro Código Procesal Civil señala en su artículo 82 que “pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público...”, del mismo modo, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley n.º 27584) en su artículo 12, inciso 1, nos señala que: “cuando la actuación impugnada de la Administración Pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar proceso contencioso administrativo: 1. El Ministerio Público, que en estos casos actúa como parte...”. Por su parte, el artículo 14 de la misma norma nos señala, que en este proceso interviene el Ministerio Público “como parte cuando se trate de intereses difusos, de conformidad con las leyes de la materia”.

²⁵⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. *La Defensoría del Pueblo. Una Institución al Servicio de las personas*. Talca: Defensoría del Pueblo, 2002.

Las Asociaciones.- dentro de las cuales hay que reconocer dos formas de intervención de la colectividad, por un lado las *asociaciones ordinarias*, en las que se asocian el grupo afectado negativamente por una conducta, y por, otro lado las *asociaciones cualificadas* que son creadas para la defensa de determinados valores como es el caso del medio ambiente, a su vez estas pueden actuar en tres vías: defensa sus propios derechos o interés legítimos como persona jurídica, defender los derechos o intereses de sus asociados en el ámbito de los fines que le son propios; o defender los derechos o intereses de los sujetos de la misma categoría, clase o sector de los asociados, afectados por acciones u omisiones causados por los mismos o iguales hechos.²⁵⁶

5.6.6. La Tutela ambiental privada

La tutela privada ambiental se constituye respecto a que cualquier persona o la sociedad son quienes deciden interponer alguna acción judicial o administrativa en tutela del medio ambiente, siendo esto una iniciativa privada —el Estado o sus organismos no iniciaron la acción ambiental— que busca prevenir, paralizar o mitigar los diversos daños ambientales que puedan ocasionarse.

Acción Popular.- La acción popular implica el acceso a los tribunales de cualquier ciudadano para exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales con la finalidad de que se cumpla con la legalidad, sin necesidad de ocupar una posición de ventaja lesionada o amenazada.

Se trata de una tutela objetiva del ordenamiento que pretende que la realidad

²⁵⁶ En ese sentido nuestro Código Procesal Civil, señala en su artículo 82 que “pueden promover o intervenir en este proceso... la asociación de instituciones sin fines de lucro que según la ley o criterio del juez, este ultimo por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello”. Del mismo modo, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (Ley n.º 27584) en su artículo 12, inciso 3, nos señala que “cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrá legitimidad para iniciar un proceso contencioso administrativo: cualquier persona natural o jurídica”.

se ajuste a las prescripciones normativas, no existiendo una relación inmediata entre el objeto de la pretensión y quien la ejercita, sino un mero interés por la defensa de la legalidad vigentes. Es también posible por esta vía, someter a los intereses difusos que encuentran dificultades de personalización y tienden a ser considerados ajenos a todos los que intentan su protección jurisdiccional; es decir, la tutela jurisdiccional efectiva que pretende salvaguardar un interés colectivo que se encuentre vulnerado por efecto de alguna norma legal.²⁵⁷

Acciones de grupo.- La *class action* propia del *common law* constituye un medio de obtención de tutela jurisdiccional basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas, en situaciones similares que constituyen una clase.²⁵⁸

Es usual que la doctrina (incluso la nacional) suela asimilar los derechos difusos con la conocida *class action* del Derecho estadounidense, e incluso se ha dicho que la primera se basa en esta última. También se suele creer que la figura del *class action* se encuentra regulada en el artículo 82 de nuestro Código Procesal Civil. Así, por ejemplo, el profesor Priori Posada, señala que las *class action* serían un tipo de legitimidad para la tutela de derechos difusos, concluyendo que “en el caso peruano no se encuentra expresamente regulada esta forma de legitimación para la tutela de los derechos difusos. Sin embargo, a nuestro juicio, no sería necesaria la regulación para las *class action*, ya que éstas se norman por la acción popular, a pesar de que se trata de instituciones radicalmente diferentes.

²⁵⁷ En este sentido, el artículo 200, inciso 5 de la Constitución señala que la acción popular procede: “por infracción de la Constitución y de la ley, contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen”. Y en ese mismo sentido, el artículo 4 de la Ley Procesal de la Acción Popular (n.º 24968) establece que “pueden interponer demanda de acción popular: 1. Los ciudadanos peruanos en ejercicio pleno de sus derechos. 2. Los ciudadanos extranjeros residentes en el Perú. 3. Personas jurídicas constituidas o establecidas en el Perú, a través de sus representantes legales. 4. El Ministerio Público...”.

²⁵⁸ Cfr. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto (p. 235). *Bases para una tutela procesal del medio ambiente*.

Las *class action* “pretenden servir de solución a litigios complejos y con pluralidad de partes, superando una visión individualista de los perjuicios”. “Son pretensiones colectivas que buscan acelerar la resolución de los conflictos sufridos por una multiplicidad de personas y abaratar los costos de acceso a la justicia, permitiendo a esta multiplicidad de personas agrupar sus intereses en una sola pretensión”.

Como se puede observar, la doctrina del *civil law* parece más preocupada en la particular “titularidad” o “legitimidad” que brindan las *class action*.

Quizás la mejor definición de las *class acciones* la que encontramos en la misma norma que la regula en el *common law*. Así, la conocida como *Rule 23* señala que “uno de los miembros de una clase puede demandar o ser demandado como partes representativas de todos sólo si: (1) la clase es tan numerosa que el *litis* consorcio es impracticable; (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase (...)”.

De la norma acotada parece evidente que, en realidad, no se están tutelando intereses generales de la sociedad, sino un gran número de intereses individuales. En efecto, las *class action* no serían más que un supuesto de un gran *litis* consorcio facultativo activo (o incluso pasivo). La *class action* no busca alcanzar una tutela preventiva de ningún derecho, sino simplemente el resarcimiento del daño.

5.6.7. Los derechos ambientales difusos

Al respecto, el profesor De Trazegnies en los años ochenta, sostenía que sobre los derechos difusos, la toma de conciencia por el derecho de la existencia de estos intereses comunes, particularmente, de los casi inasibles intereses difusos, ha llevado a replantear las formas judiciales: se está gestando así una suerte de Derecho Procesal de las masas que podrá ser utilizado en el futuro por las víctimas de la contaminación, por las víctimas de productos defectuosos y por otros actores sociales que tienen necesidad de reclamar en conjunto.

La idea central de este nuevo derecho a la reparación consiste en que, tratándose de estos casos, los daños sufridos por cada una de las víctimas no son hechos aislados, no son relaciones independientes entre el causante y un cierto número de personas que no tiene nada que ver entre sí. En realidad, el daño por contaminación es un solo daño global, que tiene efectos en múltiples personas. Por consiguiente, ese daño tiene que ser procesalmente manejado también en forma global, sin fragmentarlo en un sin número de juicios iniciados por cada una de las víctimas a título individual.²⁵⁹

La tutela de los llamados derechos difusos es un tema que aún no genera consenso, no sólo por su singular contenido, sino también por los mecanismos legales que buscan hacerlos efectivos. “Los intereses difusos son aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminados, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien, se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc., lo que hace difuso a este tipo de interés es, precisamente, la imposibilidad de determinar el alcance del grupo social afectado”.²⁶⁰

²⁵⁹DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1988, p. 29). *Derecho y Contaminación. Estrategias para una defensa del medio ambiente por los particulares*. Lima: Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza. Un ejemplo concreto de la masificación del procedimiento puede dar un mejor idea de lo que estamos hablando. En la guerra de Vietnam, el gobierno de los Estados Unidos de América utilizó un producto defoliante que se conoce como el “agente naranja”: se trataba de un producto que se arrojaba desde un helicóptero y que eliminaba el follaje de una vasta región, de manera que era más fácilmente posible detectar a las guerrillas del VietCong. Sin embargo, en la zona cubierta por este defoliante había también gran cantidad de tropas norteamericanas; y terminada la guerra, se comprobó que uno de los componentes químicos de tal defoliante podía ser cancerígeno. Esto motivó a un juicio de los exsoldados contra las compañías productoras del famoso “agente naranja”, reclamando indemnización por el riesgo al que estaban sometidos. Este juicio reunió nada menos que a 120,000 veteranos de la guerra de Vietnam. Las compañías demandadas decidieron transigir el pleito y pagaron una indemnización global de cerca de 180 millones de dólares.

²⁶⁰PRIORI POSADA, Giovanni. *Ob. cit.*, p. 100.

El derecho difuso por excelencia es el derecho al medio ambiente, pero también podemos mencionar a los “derechos del consumidor”, “derecho a la salud pública”, “derecho al orden público”, etc. Es decir, no estamos ante los típicos derechos individuales que son instituciones perfectamente delimitadas de las cuales podríamos extraer un contenido específico, ni se trata de derechos que otorgan a cada individuo una facultad de obrar para satisfacer intereses propios.

Dentro de los intereses difusos consideramos la protección del medio ambiente, la conservación del equilibrio ecológico como uno de los principales intereses que la humanidad entera debe proteger.

Se pretende con ello preservar el equilibrio de la naturaleza, defender el paisaje natural, proteger la flora y la fauna, combatir la polución, procurar un desarrollo urbano planificado. En este sentido, la acción se reconoce como colectiva porque se presume el interés de toda persona por gozar de un ambiente saludable, aun cuando su propia salud o patrimonio no se vean involucrados.²⁶¹

¿Cómo es que debe ser tutelado los derechos difusos? De manera general, los derechos (o los bienes jurídicos) pueden ser tutelados de dos maneras: a) mediante una “tutela preventiva” o inhibitoria o b) mediante una “tutela resarcitoria”.

La tutela preventiva (o *ex ante*, como la denominan algunos autores) busca, esencialmente, como su nombre lo indica, prevenir la ocurrencia de daños(o que los mismos se repitan), actuando frente a una amenaza y obteniendo de este modo el mismo bien debido, que es objeto de derecho. En otras palabras, esta tutela trata de brindar al titular del derecho exactamente la misma utilidad garantizada por la ley y no otra utilidad equivalente.

²⁶¹BULLARD GONZALES, Alfredo y Yhasmin FONSECA (1997, p.205). “Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales”. En *Derecho y Ambiente. Aproximaciones y estimativas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Por contraposición, la tutela resarcitoria (o *ex post*) opera cuando y se ha producido un daño a un derecho y que, por tanto, no queda otra alternativa que tratar de compensar a la víctima a través de una indemnización pecuniaria.²⁶²

Se habla de derechos colectivos cuando estamos ante una situación jurídica que pertenece a un grupo o un conjunto de personas determinado o determinable, entre las cuales existe un vínculo jurídico. De este modo, en tanto el interés tutelado es colectivo, su protección alcanzará a todos sus integrantes de manera uniforme; es decir, no implicará un pronunciamiento respecto de derechos individuales.

Es en el Derecho Laboral en donde se encuentran los mejores ejemplos de este tipo de derechos; así, tenemos la “negociación colectiva”, el “derecho de huelga” o cualquier tipo de beneficio laboral.

Asimismo, en tanto no existe una norma en el Derecho nacional —salvo en materia laboral— que de manera expresa regula la legitimidad para obrar en tutela de este tipo de derechos, el colectivo deberá organizarse a fin de lograr una adecuada representación de sus miembros para hacer valer sus derechos.

En el Perú el profesor *Fernando de Trazegnies*, sostiene lo siguiente de los intereses colectivos e intereses difusos:

Los primeros son aquéllos que afectan a un grupo de personas integradas dentro de una institución formal y que, por ese mismo hecho, sus intereses comunes pueden ser representados por tal entidad. Éste es el caso de los intereses por los que lucha el sindicato de trabajadores de una industria, cuya actividad de fabricación es malsana o el de los intereses de un sector organizado de la actividad económica, en particular (la Unión de Panaderos, la Federación Médica, etc.). En cambio, los intereses difusos —que son igualmente colectivos— no tienen el respaldo de una organización formal; pertenecen a un grupo o clase de personas, pero nunca ha

²⁶²ZELA VILLEGAS, Aldo (2007, p. 156). “La tutela de los derechos en la sociedad de masas: sobre los derechos difusos”. En *Advocatus*, n.º 16. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Universidad de Lima.

habido una institucionalización jurídica de su situación común; de ahí que la categoría o grupo sea imprecisa o indeterminada en cuanto a su número. Como ejemplos podemos mencionar el de todos los consumidores de un mismo producto (todos los propietarios de automóviles General Motors) o el de todos los habitantes de una zona de la ciudad que sufren los olores de una fábrica de harina de pescados.²⁶³

Los daños y perjuicios de un gran número de personas; es decir, una simple demanda de responsabilidad civil extracontractual iniciada por un número singularmente elevado de demandantes. En tal sentido, las *class action* no tutelan derechos difusos, sino, simplemente, derechos individuales homogéneos.

Algunos autores utilizan la definición de daño ambiental colectivo en relación a que la finalidad es diferente al daño individual. No se persigue obtener resarcimiento de algunas personas en relación al patrimonio; su objeto, en principio, es la preservación de la naturaleza, buscando restablecer el estado anterior del ambiente o buscando lo más cercano a esta finalidad.

El daño ambiental colectivo es un daño independiente de las consecuencias que se pueden generar en la esfera patrimonial, no sólo se puede limitar a la mera recomposición, ya que puede haber otro tipo de indemnización o resarcimiento.

En materia ambiental deben respetarse intereses más amplios que los individuales porque el daño ambiental, necesariamente lo excede. El ambiente está sujeto a degradaciones en masa. Este daño colectivo o comunitario no consiste, por cierto, en una simple suma de daños individuales, sino que es un daño actual y concreto desde el punto de vista de la colectividad que lo sufre.

²⁶³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (p. 234) Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, vol. IV, tomo II.

El daño, que es único, afecta simultánea y coincidentemente al grupo que lo padece. Esta cuestión afecta a la calidad de vida que debe asegurarse a toda la sociedad.²⁶⁴

5.6.8. Contaminación en Choropampa y el Primer Pleno Casatorio

El Primer Pleno Casatorio peruano no sólo es discutible y cuestionable en los extremos de considerar si la transacción extrajudicial puede ser opuesta como excepción a fin de concluir un proceso. Aunque no pretendemos definir si estas transacciones, a nuestro entender, surten los efectos de cosa juzgada o si el sistema jurídico peruano permite efectuar transacciones en derechos fundamentales, tenemos que indicar nuestra posición.

En este sentido, los profesores Castillo y Osterling sostienen que los derechos extrapatrimoniales, esto es, los derechos inherentes a la persona, no son susceptibles de renuncia por las partes. En este punto la doctrina no tiene resquicios de discrepancia, admitiendo como materia de transacción a todos los derechos dudosos o litigiosos que, siendo de interés privado y estando en el comercio, sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares.²⁶⁵

Sabemos que los derechos extrapatrimoniales son irrenunciables, por lo que no constituyen objeto de transacción; por ejemplo, todo lo concerniente a la persona humana (como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo), a la personalidad (como la capacidad, nacionalidad, estado civil), a la organización de la familia, a la filiación, a las obligaciones o deberes, y a los derechos o facultades que la ley confiere a los padres, tutores, curadores o a los cónyuges, comprometen al orden público. Son obligaciones y derechos intransferibles y, por ende, intransigibles.

²⁶⁴ MORELLO, Augusto y Gabriel STIGLITZ. El valor de la vida humana como costo de garantía colectiva para la prevención del daño a la persona. Citado por HUTCHINSON, Tomas. *Ob. cit.*, p. 118.

²⁶⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE (2008, pp. 132-133). "La transacción". *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, n.º 1.

Al interior de los ámbitos de los contratos, como se conoce, las personas pueden obligarse de las más variadas formas, sin poder, claro está, contraer obligaciones respecto de los bienes y derechos que se encuentran fuera del comercio de los hombres. Por ello es que los contratos y, por ende, la transacción, no pueden versar sobre esta clase de bienes y derechos.

A nuestro leal saber y entender, el famoso caso del derrame de mercurio de la Minera Yanachocha en contra de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa, no sólo es escandaloso y cuestionable en los términos de las diversas transacciones extrajudiciales suscritas.

Sucede que los campesinos realizaron una transacción con la Minera Yanachocha, por la cual la empresa se obliga a efectuar el pago de una suma irrisoria como compensación por los daños ambientales y personales que ocasione el derrame de mercurio en desmedro de los campesinos de Choropampa, quienes, a su vez, se obligan a no establecer ninguna otra acción procesal por los daños ambientales.

Pero, sin duda alguna, muy aparte de las transacciones extrajudiciales, son mucho más alarmantes los fundamentos en los que se ampara el Primer Pleno Casatorio, en lo concerniente a la legitimidad para obrar en forma activa de los campesinos de Choropampa, pues se declara que la legitimidad para obrar corresponde únicamente a las entidades establecidas en el artículo 82 del Código Procesal Civil, sin tener en consideración que el derrame de mercurio de la Minera Yanachocha, en contra de los pobladores de la Comunidad Campesina de Choropampa, constituye la vulneración a los derechos difusos y derechos ambientales de los pobladores.

A nuestro parecer, el Primer Pleno Casatorio constituye un nefasto antecedente jurisdiccional, en cuanto al pronunciamiento y conocimiento de los magistrados en los temas de Derecho Ambiental y su tutela jurisdiccional. De todo lo plasmado y deliberado por los magistrados supremos, se percibe un

desconocimiento en la aplicación de la normativa ambiental en el Perú y se vulnera arbitrariamente, sin precedentes nacionales e internacionales, un principio fundamental.

Nos referimos al principio de justicia ambiental²⁶⁶ consagrado en el Título Preliminar de la LGA, el cual prescribe lo siguiente en relación al ejercicio procesal: “[...] Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante su interés económico y moral en defensa de los derechos ambientales”.

Sea en forma individual o colectiva, el Pleno Casatorio desampara a cualquier persona privándola de hacer valer su derecho en forma individual y pueda presentar una acción a favor de los derechos ambientales, y precisa sobre los demandantes que:

(...) el caso es que ni el texto anterior ni el vigente (hace referencia al Código Procesal Civil), en el cual se contempla la posibilidad de que la acción pueda ser ejercida por una persona natural sino tan sólo por entes que cuenten con personería jurídica, no es cierto que la LGA faculta las demandas individuales,

Con lo cual indica que las personas naturales (comuneros de Choropampa) no tienen legitimidad para interponer acciones en defensa de sus derechos ambientales y que sólo la legitimidad corresponde a las personas jurídicas.

Siendo coherentes con el principio de especialidad de la norma, se debió de

²⁶⁶ Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente

Artículo IV. - “Del derecho de acceso a la justicia ambiental

Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquéllos.

Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

aplicar lo establecido en la LGA, donde sí se permite que las personas en forma individual puedan presentar acciones en tutela de los derechos ambientales. El controvertido y publicitado Pleno Casatorio tampoco pudo realizar una definición de los alcances y significado del daño ambiental.

Es evidente que los magistrados no recurrieron a aplicar la LGA y se percibe la nula o escasa formación de los magistrados en materia de Derecho y Justicia Ambiental.²⁶⁷

En este sentido el profesor Andaluz expresa "Lo que nos está diciendo el Pleno Casatorio es: "Cada vez que hay un daño ambiental, hay interés difuso afectado", y eso no es así porque, a propósito del daño ambiental, pueden haber intereses directos afectados, o colectivos determinados afectados; por ejemplo: los mil trescientos habitantes de Choropampa que están haciendo reclamos de manera individual porque no hay una *class action* en el Perú. Si la hubiese, esta señora podría haber actuado por sí y por los demás, y los demás podrían irse incorporando al proceso y creo que habría una solución más razonable desde el punto de vista procesal para este tipo de casos. Eso no se ha dado. Pero decir que cada vez que hay un daño ambiental siempre está de por medio un interés difuso y, en consecuencia, solamente hay legitimación extraordinaria restringida, está mal, porque la legitimación que consagra el artículo 82 está pensada, justamente, solo en intereses difusos, no en los intereses de personas, como la demandante, que a nombre suyo y de sus hijos dice: "Denme un seguro de salud, un seguro de vida, una indemnización; páguenme los intereses devengados de la indemnización que estoy pidiendo y descontaminen mi casa, por favor, que no quiero seguir sometida a la contaminación por mercurio". Está diciendo "mi casa"; no está diciendo descontaminen el pueblo y, menos, el ambiente. Los intereses difusos están

²⁶⁷ De acuerdo con Betancourt Bossio, a las razones antes mencionadas habría que agregar una de carácter eminentemente técnico y que tiene que ver con el escaso desarrollo y conocimiento que tienen los jueces y órganos auxiliares del Poder Judicial para cuantificar los servicios indirectos que prestan los recursos naturales para determinar los montos indemnizatorios y compensatorios; y un segundo que es de carácter estructural y que tiene que ver con el hecho de que el Poder Judicial es una de las instituciones con menor credibilidad en el Perú.

referidos a personas indeterminadas o a componentes del ambiente. Quizá ustedes pasaron por Choropampa y no saben si ya fueron "bendecidos" con el mercurio de Yanacocha. No saben; por eso que es difuso, como lo es el daño *in natura*. Entonces, si uno quiere exigir la reparación *in natura*, invoca el interés difuso. Pero en este caso concreto esta persona está pidiendo una reparación para sí y para los hijos que representa; no tiene absolutamente nada que hacer el interés difuso en esta materia concreta. Ya se imaginan ustedes cuántos otros procesos pueden ahora ser rechazados liminarmente por los jueces, diciendo: "Ah, daño ambiental. Por aquí no venga. Busque al Ministerio Público para que la indemnización vaya al municipio"²⁶⁸.

A manera de referencia sobre el proceso ambiental que vienen siguiendo algunos comuneros de Choropampa, el diario *La República*²⁶⁹ en su portada

²⁶⁸ Andaluz Westreicher. Carlos. Pp. 383 - 385: Lima) En: Primero Pleno Casatorio. Ius Et Praxis - Revista de la Facultad de Derecho N° 40/2009- Fondo Editorial Universidad de Lima.

²⁶⁹ *La República*, lunes 9 de febrero de 2009, p. 6. "Esto que llaman oferta para los Choropampinos es un insulto. El alcalde provincial y los de San Juan y Magdalena han aceptado el acuerdo arbitral, pero en Choropampa no. Aquí la gente sigue muriendo y nuestras autoridades no nos respaldan (Graciano Carvajal, Alcalde de Choropampa) 'con los 530 mil dólares que nos toca a cada distrito no vamos a poder ni siquiera asfaltar las calles, que es lo que necesitamos hacer para aislar el mercurio que todavía queda en nuestro suelo. Menos podremos solucionar el problema de salud'. Concesión escandalosa.- De los documentos confidenciales que el estudio jurídico Podhurst Orseck redactó y envió al alcalde provincial de Cajamarca, Marco Aurelio La Torre Sánchez, para que éste los rubrique. Lo que llama la atención por el sometimiento al que es expuesto este burgomaestre, es el titulado "Liberalización de todos los reclamos y demandas y reconocimientos de recepción de los fondos provenientes del acuerdo". En lo que parece una declaración jurada, La Torre Sánchez reconoce y admite que Cajamarca no va a recibir más dinero de Newmont o Minera Yanacocha por las consecuencias del derrame de mercurio.

En otra parte, el alcalde provincial enfatiza que su decisión de firmar los acuerdos resolutive es producto de una lectura minuciosa del documento y aclara que ni Newmont ni Yanacocha tuvieron influencia alguna en su determinación. El acuerdo resolutive hace hincapié en que el monto económico y demás convenios serán tratados en términos confidenciales. El monto compensatorio calificado de irrisorio por el alcalde de Choropampa, Graciano Carvajal Saldaña, no solamente será compartido con los distritos de San Juan y Magdalena —también afectados por el derrame de 152 kilos de mercurio ocurrido en junio del año 2000— sino que más del cuarenta por ciento de esta suma se destina al servicio profesional de los abogados contratados, tanto en Perú como en los Estados Unidos de América.

publica: “Minera quiere olvidarse de Choropampa”.

La nota precisa que el acuerdo arbitral al que llegaron la demandada Newmont Mining Corporation y el Estudio Jurídico Podhurst Orseck, contratado por la Municipalidad Provincial de Cajamarca, especifica que en el futuro ningún reclamo será presentado ni en los Estados Unidos de América ni en el Perú.

A nuestro entender, este proceso arbitral ambiental que versa sobre el caso Choropampa, debe representar una oportunidad a efectos de que se implemente lo indicado en la LGA, en lo referente a establecer el arbitraje ambiental como un mecanismo de solución de conflictos. Sin duda alguna, esto representa un nuevo reto dirigido a los abogados.

Ante los daños colectivos al ambiente y la salud pública de las personas son de obligatoria aplicación los principios la LGA (Ley n.º 268611).

El artículo 142 dispone:

Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de la vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio (bienes de naturaleza colectiva, no necesariamente individualizables), está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

En el caso de los daños ambientales producidos por actividad riesgosa o peligrosa, a diferencia del Código Civil, no se aplica la excepción de responsabilidad por “el ejercicio irregular de un derecho”, en razón a que el daño es indemnizable o reparable aun así sea causado “contraviniendo o no disposiciones jurídicas”.

El artículo 142.2 provee lo siguiente:

Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que pueda ser causado contraviniendo o no disposiciones jurídicas, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

Cabe precisar que en la legislación peruana los montos de la reparación por daño al ambiente están destinados, principalmente, a financiar medidas de mitigación, prevención, vigilancia y monitoreo a favor del ambiente y no a favor de las personas individuales afectadas.

El artículo 147 de la LGA dispone que, tratándose de una indemnización, ésta tendrá por destino la “realización de acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales”.

Ni la legislación ni la jurisprudencia nacionales precisa que debe entenderse por “realización de acciones que compensen los intereses afectados” o “contribuir a los objetivos constitucionales”. Éste es un obstáculo crítico para identificar quién puede ser beneficiario de los montos indemnizatorios. Las soluciones a esta interrogante pueden ser múltiples, pero en principio, los daños colectivos o al ambiente no favorecen necesariamente a personas individuales.

Entre las soluciones estaría designar a algún fondo para la protección del ambiente o un municipio con el propósito de otorgarle los recursos financieros necesarios para reparar los perjuicios o compensar con otras prestaciones a favor de la población y de su calidad de vida.

5.7. El arbitraje ambiental

En el derecho comparado, los Estados Unidos de América cuentan desde hace años con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos, en sede administrativa ambiental (*Administrative Dispute Resolution Act* (ADR) de 1996), técnica que prevé expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas, el arbitraje administrativo ambiental, usualmente utilizado por su agencia de protección en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos), de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral.²⁷⁰

España y la Unión Europea, en las últimas décadas, viene utilizando el arbitraje ambiental administrativo como solución de controversias, en España existe la posibilidad de culminar los procedimientos administrativos ambientales a través de los cauces arbitrales a los que hemos hecho referencia y guiándose por los criterios de fondo que apuran el punto de encuentro entre la protección ambiental y la defensa del desarrollo económico, aunque dichas soluciones queden habitualmente a disposición de las propias administraciones y no dejen tampoco en manos de los ciudadanos el derecho subjetivo a impetrar dicho desenlace arbitral.²⁷¹

En México D.F., en noviembre de 1984, se creó la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental (CIACA) con la participación de 28 juristas de 22 países y responden a lo que doctrinalmente se conoce como arbitraje institucional.

²⁷⁰ JUNCEDA MORENO, Francisco Javier (2009, p. 180). "Arbitraje ambiental: avances y desafíos". En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, vol. 8.

²⁷¹ JUNCEDA MORENO, Francisco Javier (2009, p. 191). "Arbitraje ambiental: avances y desafíos". *Ob. cit.*

En materia de arbitraje ambiental, cumple esta Corte con la función de constituir tribunales conformados por cinco árbitros, previa solicitud que por escrito le formule cualquier entidad privada o pública.

El tribunal resolverá la diferencia de acuerdo con el derecho aplicable y las normas acordadas por las partes. El tribunal, además, y si las circunstancias lo exigen, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar el medio ambiente o los derechos de las partes.

De igual modo, las partes podrán dirigirse a las instituciones gubernativas o jurisdiccionales del país donde radique el conflicto a solicitar la adopción de tales medidas. El laudo se dictará por escrito y contendrá una declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal y será motivado en derecho.²⁷²

A entender de Gaitán Ochoa,²⁷³ el arbitraje ambiental debería tener como finalidad resolver las controversias, respecto a la protección del derecho de la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminación o perturbaciones ambientales provocadas por terceros. Es justo en este último donde, eventualmente, el procedimiento arbitral tendría posibilidades de desarrollarse, agregamos que podría tener un mayor desarrollo si el arbitraje se aplica en conflictos sobre recursos naturales y como forma de terminar un conflicto ambiental.

A manera de ejemplo, si dos petroleras y un concesionario de ecoturismo tienen derechos superpuestos sobre las tierras donde realizan sus actividades, no sería mucho más beneficioso acudir a un arbitraje ambiental para determinar el espacio o las áreas de titularidad respecto a la superposición de derecho. Me parece que la vía judicial no tendría un fallo entre 6 a 10 años, siendo lo más

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ GAITÁN OCHOA. Luis Fernando (2008, p. 259). "Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos". En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

diligente y optimista.

Y respecto a otro ejemplo, si la empresa minera tiene indicios de algunas posibles actividades contaminantes o algunas dudas, la forma de terminar el conflicto ambiental con la empresa minera, podría ser a través de la conciliación o el arbitraje. Del mismo modo, las partes en conflicto podrán tener la oportunidad de decidir el tiempo que puede durar el conflicto y adecuar el arbitraje con sus necesidades procesales.

Creemos que el arbitraje ambiental puede solucionar litigios ambientales en la medida en que se acuda a esta vía procesal.

Ante el notable auge del arbitraje en el Perú, es fundamental resaltar la posibilidad de acudir a un arbitraje en materia ambiental. La LGA incorpora al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. No hay duda de que ante el *boom* de las inversiones y explotación en recursos naturales de diversas actividades extractivas (minería, hidrocarburos y forestal), la institución del arbitraje ambiental debería de tomar mayor importancia en la solución de conflictos ambientales.

El arbitraje ambiental guarda concordancia con el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, el cual, entre sus principios rectores, indica que puede someterse a arbitraje cualquier controversia de libre disposición conforme a derecho nacional o internacional.²⁷⁴

Uno de los principales problemas que padecen las empresas que invierten y explotan recursos naturales, se presentan ante la presencia de numerosos conflictos ambientales en diferentes zonas del Perú, que por diversos motivos cuestionan las actividades extractivas, el arbitraje ambiental podría tener la oportunidad de representar un mecanismo de solución de conflictos, que sería

²⁷⁴ Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

importante para proteger a los inversionistas y tutelar los derechos ambientales públicos y privados.

La LGA, dentro de sus capítulos de solución de conflictos ambientales, incorpora al arbitraje y la conciliación, siendo la premisa general que pueden someterse las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros de libre disposición. El principio de “libre disposición” en materia ambiental se encuentra de acuerdo y en concordancia con el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, legislación que dentro de sus principios rectores, indica que puede someterse a arbitraje cualquier controversia de libre disposición conforme a derecho nacional o internacional.

Uno de los puntos más discutidos y que podrían presentar un problema para que un caso de contaminación o daños ambientales pueda someterse a un tribunal arbitral, se representa en el principio de autonomía de la voluntad que tiene la cláusula arbitral o el convenio arbitral²⁷⁵, por lo cual es requisito indispensable que las partes puedan pactar la cláusula arbitral ante las eventuales controversias surgidas de las relaciones contractuales.

Según lo que Trelles sostiene ¿podrían incluirse como aspectos arbitrables controversias relativas a materia ambiental?²⁷⁶

Bajo este contexto podemos advertir una clara discusión en el origen mismo del arbitraje en materia ambiental, pues éste, en principio, no podría realizarse sin la celebración de un convenio o el sometimiento al fuero.

Para ello se requeriría de la participación de todos los involucrados en la controversia, pues la exclusión de alguno significaría la posibilidad de activar la

²⁷⁵ El convenio arbitral constituye la puerta de entrada; o mejor dicho, la aduana que permite el paso de controversias relativas a derechos disponibles, a un proceso; el cual desde luego debe desarrollarse con pleno respeto de las garantías del derecho a un debido proceso.

²⁷⁶ TRELLES CASTILLO, José Antonio. “Arbitraje y medio ambiente: Una relación que contamina”. En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=227#>.

vía administrativa o judicial, y crear el consecuente conflicto competencial entre los fueros, dilema que nacería doctrinariamente desde la posibilidad de su existencia y concluiría jurídicamente en el tema de fondo.

El origen de este percance se debe a que en materia ambiental no existe un colectivo determinado e incluso determinable que posibilite su válida actuación como parte en un proceso arbitral, pues la legitimación procesal involucra el carácter positivo de participación y negativo de exclusión de los terceros ajenos a la controversia y cuyos derechos supuestamente se encuentran desvinculados.

Teniendo en cuenta dicho colectivo, en materia arbitral sólo se encontrarían legitimados²⁷⁷ para accionar quienes hubieran suscrito el convenio arbitral, o quienes se sometieran al proceso arbitral, teniendo efectos excluyentes hacia los terceros. En ese supuesto, tendríamos que entender que sólo quienes se sometan al proceso arbitral podrían tener legitimidad, siendo el acuerdo y la decisión final —laudo arbitral— exigible y oponible sólo a éstos.

Sin embargo no compartimos esta posición, debemos recalcar que los supuestos para que se acuda a un arbitraje según la LGA son amplios, si bien la falta de convenio arbitral o la complejidad de los daños ambientales por las numerosas personas —partes procesales— y los numerosos problemas

²⁷⁷ Pero, el inconveniente de la determinación de las partes en el proceso, llevaría a otra dificultad respecto a la designación y composición del árbitro único o del tribunal arbitral, debido a que según la normativa arbitral, las partes son las facultadas para designar al tercero dirimente, siendo cualquier defecto en la composición una válida causal de anulación del laudo arbitral.

En cambio, en materia ambiental, la universalidad de la acción deriva del legítimo interés de cualquier persona de proteger el bien jurídicamente tutelado y derecho constitucionalmente reconocido, debido a que cualquier afectación al medio ambiente no tiene únicamente repercusiones directas en una comunidad exclusiva y temporal.

Entonces, el primer aspecto a tomar en cuenta es que los intereses involucrados en un proceso arbitral y uno ambiental son distintos, pues al último se vinculan los intereses difusos y al primero, los de contenido patrimonial y de libre disposición de los intervinientes.

En ese entendido, la afectación del medio ambiente no puede excluir a aquéllos que no se encuentren directamente afectados por un hecho o circunstancia, debido a que cualquier persona se encuentra legitimada para exigir la suspensión del hecho que estuviera afectando el medio ambiente.

procesales, no serían trabas procesales, por cuanto el arbitraje ambiental está regulado en el sistema peruano, no siendo una figura aislada al ordenamiento jurídico o que contravenga la Constitución y la LGA.

En esencia, el Estado, los abogados y la sociedad civil son quienes tienen las facultades e interés de institucionalizar el arbitraje ambiental administrativo, siempre fiscalizado y tramitado por el Estado; es decir, el Ministerio del Ambiente. Si siempre optáramos por los fueros judiciales, no nos cabe la menor duda de que estaríamos litigando penosos y largos años, terminando la causa ambiental en algún Pleno Casatorio.

La LGA precisa cuáles podrían ser los casos particulares que se podrían ventilar en un arbitraje; los mismos que señalamos a continuación:

- a) Cuando se quieran determinar los montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales;
- b) Cuando se trate de definir obligaciones compensatorias que puedan surgir de un proceso administrativo, sean pecuniarias o no;
- c) Aquellas controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales;
- d) A efectos de precisar aquellos casos de limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un área natural protegida;
- e) Conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre espacios o recursos sujetos a ordenamiento o zonificación ambiental.

La LGA, en su artículo 153, establece cuáles son los límites de laudo arbitral o del acuerdo conciliatorio siendo los siguientes:

- a) El laudo arbitral o el acuerdo conciliatorio no puede vulnerar la normatividad ambiental vigente ni modificar normas que establezcan límites máximos permisibles, u otros instrumentos de gestión ambiental, ni considerar estándares de calidad ambiental diferentes a los establecidos por la autoridad ambiental competente. Sin embargo, en ausencia de éstos, son de aplicación los establecidos a nivel internacional, siempre que medie un acuerdo entre las partes, o en ausencia de éste, a lo propuesto por la Autoridad Nacional Ambiental; y
- b) De igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, la misma que deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

Coherente con la importancia que representan para nuestro país las inversiones en recursos naturales y las actividades extractivas, es necesario que el arbitraje ambiental cobre mayor importancia debido a que el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje y la LGA, concuerden entre sus principios rectores que es factible que mediante un tribunal arbitral pueda ventilarse controversias ambientales. Todo esto depende de que exista la voluntad de acudir al arbitraje ambiental por parte de las empresas, los entes administrativos, las personas y asociaciones que consideren que se vulneran o vulneraron sus derechos ambientales.

De establecerse en el Perú la práctica de arbitrajes ambientales, es fundamental otorgar un rol al Estado, por cuanto, obligatoriamente, sería un arbitraje ambiental-administrativo, y dotar de un personal administrativo capacitado de árbitros y secretarios especializados en Derecho Ambiental y Recursos Naturales. Este arbitraje ambiental podría recaer en el Tribunal de

Solución de Controversias Ambientales,²⁷⁸ que podrían ser quienes tramiten los arbitrajes ambientales como la autoridad ambiental arbitral, tal como sucede con el Organismo Superior de las Contrataciones Estatales, por cuanto una solución a las controversias que surgen sobre recursos naturales sobre superposición de derecho o por el pago del justiprecio en expropiaciones, podrían ser de gran utilidad.

5.7.1. Controversias sometidas a competencia del tribunal arbitral

a) Montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos ambientales

Entendemos que la LGA es precisa en determinar que todas aquellas controversias o conflictos de intereses que versen sobre daños ambientales podrían ventilarse en un proceso arbitral, sobre todo cuando se trata de problemas entre privados, como podría ser el ocasionado por una fábrica que, mediante sus emanaciones, ruidos y afluentes, perjudica los derechos ambientales patrimoniales y no patrimoniales de un determinado vecindario.

Asimismo, puede ser considerado dentro de estos supuestos, cualquier tema de daños ambientales por contaminación de actividades extractivas (minería e hidrocarburos).

En sede nacional el caso Yanacocha hubiera podido haberse

²⁷⁸ Decreto Legislativo n.º 1013, Creación del Ministerio del Ambiente

13.1 El Tribunal de Solución de Controversias Ambientales es el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia en materia ambiental y la última instancia administrativa respecto de los procedimientos administrativos que se precisan en el reglamento de la presente ley. Asimismo, es competente para resolver conflictos en materia ambiental a través de la conciliación u otros mecanismos de solución de controversias extrajudiciales, constituyéndose en la instancia previa extrajudicial de carácter obligatorio antes de iniciar una acción judicial en materia ambiental.

13.2 Las funciones y la organización del Tribunal de Solución de Controversias Ambientales se rigen por lo establecido en la Ley n.º 28245, Ley Marco del Sistema de Gestión Ambiental y demás normas pertinentes.

tramitado en vía arbitral. Muchos recordamos que se establecieron procesos judiciales donde uno de los petitorios de los pobladores afectados por el derrame del mercurio, se refería a los daños ambientales indemnizables.

Respecto a los delitos ambientales, creemos que sería mejor que el monto de la reparación civil pueda verse en vía arbitral con participación del Ministerio Público, pero la persecución y sanción por la Comisión de los Delitos Ambientales debería seguirse en la correspondiente vía judicial.

b) Obligaciones compensatorias derivadas de un proceso administrativo

Podemos considerar a todos los procedimientos administrativos sancionadores establecidos por el Ejecutivo en contra de empresas de diversos rubros comerciales.

A manera de ejemplo, si el Ministerio de la Producción sancionara con una multa a una fábrica de cartón por incumplimiento de no declarar el estado de sus estándares de calidad ambiental y límites máximos permisibles, las multas y compensaciones derivadas del procedimiento administrativo podrían ser derivadas a un arbitraje de derecho.

c) Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales

Es factible poder resolver cualquier controversia que surja de la ejecución e implementación de los contratos, desde el acceso al recurso natural y en forma posterior a su aprovechamiento.

A nuestro entender, éstas podrían generarse por discrepancias

derivadas de concesiones forestales, concesiones mineras y otorgamiento de licencias y contratos para la explotación de hidrocarburos.

Según el profesor Blanco Uribe,²⁷⁹ al tratar el tema de la responsabilidad civil contractual en materia ambiental proveniente del incumplimiento de un contrato en el cual se ha pactado una cláusula de arbitramento, el conflicto estaría siendo resuelto por el tribunal que se designe para estos fines.

d) Limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un Área Natural Protegida (ANP)

Sin duda alguna, el derecho de propiedad y las áreas naturales protegidas representan un problema de primordial importancia, por cuanto la falta de catastro forestal, condiciones perjudiciales y agrestes de la geografía nacional, la falta de coordinación entre el gobierno central y los gobiernos locales-regionales, son la causa de que se proponga la creación de áreas naturales protegidas en lugares donde existen derechos de propiedad otorgados con mucha anticipación.

Esto deviene siempre en numerosos problemas administrativos y judiciales.

Sobre este tema, en particular, el Tribunal Constitucional se pronunció en una sentencia sobre el Expediente n.º 03343-2007-PA/TC, proceso que versa sobre una interposición de una demanda de amparo en protección de un área de conservación regional en contra de las actividades de exploración y posible posterior

²⁷⁹ CIT. GAITÁN OCHOA. Luis Fernando (2008, p. 259). «Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos». En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

explotación petrolera por parte de un consorcio empresarial.²⁸⁰

La sentencia del tribunal trae consigo muchas interrogantes y disyuntivas desde dos ópticas. La primera de ellas referida a la importancia estratégica y territorial del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera; la importancia de proteger las reservas de agua, la biodiversidad y la protección de la propiedad e identidad de las comunidades indígenas; y la segunda posición se enmarca en la defensa del derecho preexistente del Consorcio Petrolero demandado en su interés de desarrollar sus actividades de exploración y explotación petrolera y el interés del Estado de brindar seguridad jurídica a las diversas inversiones en actividades extractivas.

e) Conflictos sobre derechos superpuestos e incompatibles

Consideramos que los incisos d) y e) del artículo 152 de la Ley General del Ambiente viene a tener la misma finalidad, en el sentido de que las dos buscan tener competencias arbitrales respecto a los conflictos sobre superposición de derecho e incompatibilidades; y frente aquellas formas de limitación del derecho de propiedad frente a la preexistencia o creación de un área natural protegida.

En los últimos años son numerosos los conflictos que se presentan por la superposición de derecho sobre concesiones sobre los recursos naturales frente a áreas naturales protegidas; los cuales, de no tener una especializada y rápida solución, estamos seguros de que conllevarán a una inseguridad jurídica en nuestro país.

²⁸⁰VIDAL RAMOS. Roger (2009, pp. 338-339). "Las áreas naturales protegidas y las actividades en Hidrocarburos. El caso Cordillera Escalera". En *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, n.º 22.

Inevitablemente, todo conflicto ambiental y superposición de derecho sobre recursos naturales sólo genera falta de seguridad jurídica.

El otorgamiento de derechos sigue generando en el Perú seria desconfianza donde no sólo las empresas como las de hidrocarburos reclaman sus derechos ambientales frente a lo que consideran un clima de inestabilidad jurídica, sino que esto también se extiende a otras actividades, en donde concesionarios mineros o madereros, de conservación o de ecoturismo, ven amenazada su inversión por el otorgamiento de derechos superpuestos a los suyos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones frente al Estado.²⁸¹

El Estado está obligado a brindar seguridad jurídica a las compañías que invierten en actividades extractivas. De no ser coherente con esta política de promover las inversiones y ser el Estado el primer interesado en establecer sólidos lazos entre las inversiones y las políticas ambientales nacionales y regionales, se podría estar abriendo *“la caja de Pandora”* y dejando abiertas innumerables posibilidades de desconocimiento total de los derechos adquiridos en recursos naturales por parte de sus titulares o la población, por la creación de cualquier ANP, sea cual sea su modalidad en forma posterior a la concesión minera o al contrato de exploración en hidrocarburos.

¿Qué sucedería si los municipios, en ejercicio de sus facultades ambientales, deciden conformar una nueva área de conservación municipal o, por voluntad política de los gobiernos regionales,

²⁸¹VIDAL RAMOS. Roger (p. 347). “Las áreas naturales protegidas y las actividades en Hidrocarburos, el caso Cordillera Escalera”. *Ob. cit.*

conformen un área de conservación regional, en un lugar donde existe un petitorio minero o un contrato de exploración de petróleo o gas?

Estamos seguros de que estos supuestos representarían una señal de inseguridad jurídica que repercutiría seriamente en las actividades extractivas, en desmedro de las inversiones en beneficio del país.

5.7.2. Límites del laudo arbitral

El Tribunal Arbitral tiene una prohibición de laudar en contra de la normatividad ambiental vigente, impidiendo la modificación de Límites Máximos Permisibles (LMPs), Estándares de Calidad Ambiental (ECAs) y otros instrumentos de gestión ambiental. El tribunal tiene que fundamentar y motivar el laudo, primero aplicando en todo el proceso arbitral el principio de legalidad, y segundo, cumpliendo con fallar en base a la numerosa normativa ambiental sectorizada y del Ministerio del Ambiente. Lo ideal sería emitir un laudo debidamente motivado sin que contravenga el debido proceso.

Otro punto que se tiene que considerar al momento de laudar y durante el proceso arbitral, es que no se puede modificar los ECAs y los LMPs, por cuanto son los márgenes tolerables que se deben tener en cuenta para efectuar actividades industriales, y los mismos son considerados como las expectativas de mejoramiento de las condiciones ambientales.

De no existir normativa ambiental, límites máximos permisibles, estándares de calidad ambiental u otro mecanismo de gestión ambiental, en forma excepcional, serían de aplicación los principios del Derecho Internacional Ambiental, siempre que medie un acuerdo entre las partes; o en ausencia de dicho acuerdo entre las partes, se estaría a lo propuesto por el Ministerio del Ambiente.

Otra disposición de “acuerdo común” se encuentra prevista en el artículo 153.2, la misma que señala lo siguiente:

(...) de igual manera, se pueden establecer compromisos de adecuación a las normas ambientales en plazos establecidos de común acuerdo entre las partes, para lo cual deberán contar con el visto bueno de la autoridad ambiental competente, quien deberá velar por que dicho acuerdo no vulnere derechos de terceros ni genere afectación grave o irreparable al ambiente.

En atención a lo anterior, podríamos destacar que esta norma permitiría que las partes afectadas puedan estar en posición de establecer compromisos de adecuación a normas ambientales, siempre que cuenten con la participación y aprobación del Ministerio del Ambiente.

5.8. La justicia ambiental en el Perú

El acceso a la justicia ambiental consiste, precisamente, en la posibilidad de obtener este tipo de reconocimiento, cuando el derecho de las personas a un medio ambiente adecuado ha sido amenazado o desconocido. Lo que está en juego no es algo menor: se trata, ni más ni menos, de asegurar la efectividad de un conjunto de nuevos derechos, que son el producto de la convicción de que un mundo diferente al actual no es sólo posible, sino también necesario.

Para ello es menester, entre otras cosas, practicar una justicia también diferente a la actual.²⁸²

Los avances que se han hecho hasta ahora en materia de legitimación procesal son insuficientes, pero parece que van en una dirección correcta, que consiste en combinar la protección pública y privada de los intereses ambientales, mediante fórmulas jurídicas nuevas que requieren de ciertos resguardos que garanticen la seriedad del ejercicio de las acciones colectivas.

²⁸²BRAÑES, Raúl. *El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal*. Universidad de Externado. 1 Ed. Bogotá – 2001. P. 369

Éstas deben completarse con otros cambios que terminen por configurar un tipo de proceso que, junto con permitir el ejercicio simultáneo de acciones individuales y colectivas, ofrezca las garantías que, por ahora, sólo son propias del proceso individual.

En el momento en que estos cambios se consoliden, cesará la impunidad con la que hasta ahora disfrutaban los grandes depredadores del medio ambiente, y se avanzará en materia de desarrollo sostenible.²⁸³

En nuestra región, el Derecho Ambiental, considerado como un cuerpo de normas jurídicas orientadas hacia la prevención del daño ambiental, y subsidiariamente, hacia su reparación, presenta algunos avances en su aplicación por los órganos jurisdiccionales en ciertos países en lo que se refiere al primero de sus fines, y casi ninguno en lo que concierne al segundo de esos fines.²⁸⁴

Los progresos en materia de prevención del daño ambiental han dependido, en América Latina, fundamentalmente del ejercicio de acciones constitucionales de naturaleza cautelar, que han evitado la generación de algunos daños, o puesto en término a otros que se estaban ocasionando.

Esta “constitucionalización” de la justicia ambiental tiene, sin embargo, los límites propios de los remedios procesales de excepción y no puede transformarse por un tiempo indefinido, en el eje de la justicia ambiental.

Lo mismo ocurre con los pocos progresos en materia de reparación del daño ambiental alcanzados, principalmente, a través de medidas adoptadas por los jueces que conocen de procesos por delitos ambientales y que también tienen un alcance limitado, o a través de medidas similares adoptadas por las autoridades administrativas, que carecen de la facultad del imperio y que no

²⁸³ *Ibidem*, p. 369.

²⁸⁴ BRAÑES. Raúl (p. 370). *Ob. cit.*

pueden asegurar su aplicación mediante coacción.²⁸⁵

a) Legitimación Activa.- Podrá reclamar el resarcimiento por el daño ocasionado por la contaminación, la persona o personas que hubieren sufrido perjuicio en sí mismos o en sus bienes. En caso de fallecimiento de la víctima, podrán demandar el daño sufrido por esta última, sus sucesores legítimos o testamentarios, exceptuando el daño moral, que solamente compete al damnificado directo. Si del hecho contaminante hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción por reparación del daño moral los herederos forzosos, a título propio y como damnificados indirectos.²⁸⁶

b) Legitimación pasiva.- La acción podrá ser dirigida contra el dueño o quien tenga la custodia de la cosa; lo más corriente es que el daño tenga su origen en la polución de un curso de agua, o contaminación del aire o por el ruido que sea el resultado de la acción de varios personajes como posibles responsables, que han concurrido a producirlo. Probada la relación de causalidad entre el daño y las cosas o elementos que producen la contaminación, habría una participación acumulativa o concurrente en los hechos determinantes de un resultado único. En tal caso, cada uno de los que tengan la guarda de la cosa dañosa deberá responder por la totalidad del daño, en virtud de la obligación *in solidum* de los corresponsables, sin perjuicio de la acción de reintegro que compete a quien pagare la totalidad. Igual solución correspondería por aplicación del principio de responsabilidad colectiva, si no pudiese determinarse de cuál de los supuestos responsables es la cosa, cuyo hecho, en las mismas condiciones de dañosidad, fue la causa del perjuicio.²⁸⁷

El demandado como dueño o guardián de la cosa con vicio o riesgo de polución

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ BUSTAMANTE ALSINA. *Ob. cit.*, p. 157.

²⁸⁷ BUSTAMANTE ALSINA. Jorge (1993, pp. 586-587). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 8.ª Ed.

no puede excusar su responsabilidad demostrando que su actividad es desarrollada, mediando autorización gubernamental y con observancia de las normas reglamentarias, pues no se cuestiona su culpa, sino que su responsabilidad tiene fundamento objetivo en el riesgo de causar daño a otros y, además, en el principio general del *alterum non laedere*. Asimismo, la norma de Derecho Administrativo que regula el funcionamiento del establecimiento se dicta sin perjuicio de terceros.²⁸⁸

5.9. Precedentes Internacionales de Tutela de los derechos ambientales

De una lectura minuciosa de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, puede vislumbrarse que el derecho individual o colectivo al ambiente no encuentra una tutela expresa en ninguno de sus artículos. Existían entonces problemas más apremiantes y aún no estaba arraigada la sensibilidad ambiental tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial —momento en el que fueron redactados ambos instrumentos— motivos que hicieron más preponderante el respeto al derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, el respeto a la libertad de expresión y a la integridad humana, lo cual imponía, sobre todo, el deber negativo de no intromisión en la esfera privada de los individuos por parte del Estado. No obstante, las necesidades y los valores cambian en la medida en que la sociedad se desarrolla y se industrializa, siendo la protección del ambiente un tema de gran importancia y preocupación en la actualidad.²⁸⁹ Lo anterior, en el plano jurídico se refleja en la protección al ambiente en instrumentos internacionales²⁹⁰ de carácter universal o regional, en las constituciones

²⁸⁸ *Ibidem* (pp. 157-158).

²⁸⁹ El derecho al ambiente es considerado como uno de los derechos de nueva generación, junto con los derechos al respeto a la privacidad, información y al desarrollo sostenible; es decir, entre aquellos derechos que “se formaron después de que se encontraron las tres corrientes ideales de nuestro tiempo, y nacen todos de los peligros a la vida, a la libertad, a la seguridad, provenientes del crecimiento del progreso tecnológico”. Ver al respecto, BOBBIO, N. (1999, p. 263 y ss.). *L’etadeidiritti*. Torino.

²⁹⁰ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972), Carta Mundial de la Naturaleza (1982), Declaración de Río sobre el

políticas,²⁹¹ así como su reconocimiento y protección en la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y de los Tribunales Internacionales en Derechos Humanos.

Un rol trascendental cumple el Derecho Ambiental Internacional que se nutre de los diversos tratados internacionales sobre protección del medio ambiente, biodiversidad, Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), cambio climático, Kyoto, etc., con los cuales se percibe que el Derecho Ambiental Internacional es una de las disciplinas jurídicas que viene incrementando su normativa y doctrina.

A través del análisis de diferentes sentencias, como los órganos del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, han determinado —una interpretación progresiva de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales— “el carácter instrumental” que en muchas ocasiones tiene la existencia de un medio ambiente saludable para el disfrute pleno de otros derechos fundamentales.²⁹²

Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) ha determinado por vía indirecta —ante la ausencia de una disposición expresa en la Convención Europea— la tutela al derecho a un ambiente sano, a través de una interpretación progresiva del derecho contenido en el artículo 8 de la Convención que tutela el respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y la correspondencia, el cual dispone:

- 1) Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y

Ambiente y la Naturaleza (1992), Las metas de desarrollo del milenio (2000), Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible (2002).

²⁹¹ Algunos ejemplos de la protección constitucional del ambiente son: artículo 41 Constitucional de Argentina (Reforma de 1994); artículo 225 de la Constitución Federal del Brasil; artículo 79, Constitución de Colombia; artículo 8 Constitución de Chile, Art. 50 Constitución Política de Costa Rica, Art. 19 (2) Constitución del Ecuador. Arts. 45- 69 Constitución de España.

²⁹² MIRANDA, Haideer (2007, pp. 75-93). “La protección del ambiente en el sistema europeo de derechos humanos”. *Panóptica*, Vitória, año 1, n.º 8, maio-junho, Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

- 2) No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El conocimiento de los problemas ambientales por parte del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos se puede remontar, por ejemplo, al caso X. E Y. C. de la República Federal de Alemania (1976) en el que una asociación ecologista denunció las prácticas que se realizaban en unas zonas militares, cercanas a la localidad donde vivían los miembros de la asociación, en menoscabo de los derechos a la vida (artículo 2), libertad (artículo 5), así como una violación de la prohibición de la tortura (artículo 3). La Comisión en aquel momento, inadmitió la demanda argumentando que la Convención no reconoce expresamente el derecho a la conservación de la naturaleza, por lo que el Tribunal no llegó a conocer sobre el fondo.²⁹³

En el caso *Arrandele, Rayner vs. Inglaterra* (1980), el recurrente denunciaba que el aumento del ruido en el tráfico del aeropuerto de Gatwick y la construcción de una autopista en las cercanías de su casa-habitación vulneraban su derecho a la salud y correlativamente su derecho a la propiedad privada, por la devaluación del valor de su residencia. En su procedimiento ante la ex Comisión Europea de Derechos Humanos, las partes llegaron a una solución amistosa, en la que el gobierno británico, se comprometió al pago de un monto determinado como medio de resarcimiento.²⁹⁴ De haber sido sometido a conocimiento de la Corte EDH, hubiese sido interesante establecer la interpretación que le hubiere dado al artículo 8 de la Convención, en forma

²⁹³ BOUZZA ARINO, Omar (2003, pp. 167 y ss.). “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En *Revista de Administración Pública*, n.º 160. Madrid.

²⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Arondelle c/ Royaume vs. Reino Unido*. Decisión sobre la admisibilidad 15/7/1980.

breve efectuaremos una reseña y comentarios de precedentes ambientales de gran importancia.

5.9.1. El caso *López Ostra c/ España*

En la ciudad de Lorca (España) se presentaba una concentración de industrias dedicadas al tratamiento del cuero, habiéndose instalado una planta dedicada a estas actividades a escasos metros del domicilio particular de los denunciantes.

La citada planta comenzó su funcionamiento en el año 1988 sin haber obtenido la “correspondiente licencia municipal”, en los términos establecidos por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961.

Como consecuencia de su deficiente funcionamiento, comenzó a producir humos, malos olores y contaminación que, inmediatamente, provocó problemas de salud y molestias a un buen número de habitantes de la ciudad.

Debido a ello fue necesario evacuar a algunos residentes y realojarlos en otras dependencias de la ciudad durante los meses de julio y agosto de 1988. En concreto, los recurrentes volvieron a su vivienda en el mes octubre de 1988 permaneciendo en ella hasta el mes de febrero de 1992.

El 9 de septiembre de 1988, como resultado de numerosos informes de las autoridades de salud y del medio ambiente, el Ayuntamiento ordenó la clausura de una de las plantas dedicadas al almacenamiento de residuos químicos y orgánicos en tanques de agua, mientras se permitiese el tratamiento de residuos de agua contaminada con cromo.

Después de intentar en vano encontrar una “solución con las autoridades municipales”, el señor López Ostra interpuso el 13 de octubre de 1988 una demanda al amparo de la Ley n.º 62/1978 de protección jurisdiccional de los

derechos fundamentales, ante la Audiencia Territorial de Murcia, al entender infringidos los artículos 15, 17.1, 18.2 y 19 CE, ante la pasividad de las autoridades municipales por las molestias y riesgos que generaba la citada planta de tratamiento de residuos.

En un informe del 19 enero de 1989, como consecuencia de la visita efectuada por diversos técnicos, se constató que la actividad de la planta se dedicaba al tratamiento de residuos de agua contaminada con cromo, pero que el resto de tratamiento fluía a través de sus tanques antes de ser descargado en el río, generando malos olores. La conclusión a la que se llegó fue que la planta no se había construido en el lugar más indicado.

Apelada dicha sentencia ante el Tribunal Supremo, se argumenta que la planta era una fuente de polución, malos e irritantes olores y reiterados ruidos, todo lo cual había producido en el matrimonio y en sus hijas problemas de salud. El 27 de julio de 1989, el Tribunal Supremo desestimó la apelación.

Interpuesto el oportuno recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por infracción de los artículos 15 (derecho a la integridad física), 18 (derecho a la vida privada y a la inviolabilidad del domicilio) y 19 (derecho a elegir libremente la residencia) de la Constitución, fue inadmitido el 26 de febrero de 1990 por carecer manifiestamente de fundamentos, pues el derecho a la vida privada no fue invocado en la instancia previa, por lo que se refiere a la presencia de olores, humos, y ruidos no eran, por sí mismos, suficientes para entender infringido el derecho a la inviolabilidad del domicilio, mientras que el rechazo de la orden de clausura de la planta no podía ser considerado como tratamiento degradante.

Como complemento a lo ya expuesto y en relación a la instalación de la citada planta, se siguieron otros procedimientos.

Así, en 1990, “dos cuñadas del señora López Ostra”, que vivían en el mismo edificio, “iniciaron un procedimiento contra el Ayuntamiento de Lorca en la Sala

de lo Contencioso Administrativo” del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, alegando que la industria venía operando ilegalmente.

El 18 de septiembre de 1991 el Tribunal, apreciando que las molestias venían produciéndose desde el mes de septiembre de 1988 y que la planta no contaba con las oportunas licencias, acordó que sería clausurada mientras el permiso no fuera obtenido. Recurrida dicha resolución por el Ayuntamiento y la empresa, el caso, al tiempo de pronunciarse el Tribunal de Justicia se encontraba, todavía pendiente de resolución por el Tribunal Supremo.

Asimismo, el 13 de octubre de 1991, las dos cuñadas del recurrente presentaron una denuncia ante el juzgado contra la empresa por un presunto delito contra el medio ambiente, previsto en el artículo 347 *bis* CP.

Sólo dos días más tarde el juzgado adoptó la orden de clausura de la planta, pero, sin embargo, el 25 de noviembre dicha medida fue dejada en suspenso como consecuencia de la apelación presentada ante la audiencia provisional.

A lo largo de dicho procedimiento se emitieron diversos informes por diferentes expertos sobre las consecuencias que para la salud de los vecinos próximos podían tener los residuos tratados en la factoría, apreciándose concentraciones excesivas de hidrógeno sulfhídrico, así como desagües ilegales en el río.

Por lo que se refiere a los niveles del ruido, un informe de las autoridades del medio ambiente de 23 de marzo de 1993, concluían que no eran superiores en las inmediaciones de la planta a los soportados en otras partes de la ciudad. Mientras que otro informe de 16 de abril de 1993, emitido por el Instituto de Medicina Forense de Cartagena, indicaba que las concentraciones de gas en las viviendas continuas a la planta del límite permitido.

Como consecuencia de ello, la hija del recurrente y su sobrino presentaron crónicamente infecciones broncopulmonares, asociadas a su exposición a los

niveles de gas existentes.

El 1 de febrero de 1991, la familia López Ostra fue realojada en otra vivienda a costa del Ayuntamiento.

El 27 de octubre de 1993 el juez confirmó la orden de 15 de noviembre de 1991 y la planta fue temporalmente clausurada.

El Tribunal de Justicia de Estrasburgo, después de examinar los artículos de la Constitución española y la legislación correspondiente sobre protección atmosférica, así como el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, sobre actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas y el artículo 347 *bis* del Código Penal, tras el informe de la Comisión de 31 de agosto de 1993 en el que se entendía infringido el artículo 8 de la Convención y después de rechazar las alegaciones del gobierno español, considera que se ha infringido el artículo 8 de la Convención en la medida que garantiza a todas las personas el derecho a ver respetada su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia. Asimismo, rechaza la infracción del artículo, referido a la existencia de tratos inhumanos o degradantes, *“a la vez que condena al Estado español a pagar a los recurrentes cuatro millones de pesetas por los daños causados”*.

Como dato relevante en los razonamientos empleados por el Tribunal para pronunciar un fallo condenatorio, ha de destacar la inactividad de los poderes públicos, en especial de las autoridades municipales, a lo largo de un prolongado espacio de tiempo, sin dar una respuesta efectiva, pese a los numerosos informes técnicos, provocando, incluso, el cambio forzoso de domicilio de los recurrentes.

En resumen, de la sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su resolución, estima que ha existido una violación del artículo 8 del Convenio, pero no del artículo 3; declara que el Estado demandado debe pagar a la recurrente en el plazo de tres meses cuatro millones de pesetas por daños y un millón quinientas mil pesetas por costas y gastos, menos nueve mil setecientos

francos. Finalmente, desestima las demás peticiones de indemnización.

La trascendencia del presente caso se manifiesta en el hecho de que la Corte Europea por primera vez enunció el principio según el cual los daños ambientales a la colectividad, aun cuando no sean graves a tal punto de poner en peligro la salud del individuo, pueden igualmente perjudicar su bienestar y privarlo del disfrute del derecho a su domicilio, así como ocasionar un daño a su vida privada y familiar, sin dejar de lado el grave peligro a la salud de la interesada.²⁹⁵

El caso en concreto hacía referencia a las quejas por parte de la señora López y de los miembros de su familia, quienes habitaban en las cercanías de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos —construida con una subvención del Estado—, la cual desde su entrada en funcionamiento, sin los permisos respectivos, generó emisiones de gases y malos olores, que ocasionaron a los miembros de las poblaciones cercanas problemas de salud, incluida la hija de la demandante.²⁹⁶

Por lo anterior, la señora López Ostra presentó una serie de denuncias administrativas y penales en el ordenamiento jurídico nacional; sin embargo, éstas fueron declaradas no ha lugar, motivo por el cual —una vez agotados las vías internas— hizo uso del recurso ante la jurisdicción internacional.²⁹⁷ Sólo después de algunos años, los miembros de la familia López obtuvieron el traslado a un apartamento situado en una zona diversa de la ciudad, adquisición que fue pagada por la Municipalidad respectiva, y el depurador fue temporalmente clausurado en 1993.

²⁹⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (párr. 51). *Caso López Ostra vs. España*. Sentencia de 9 de diciembre de 1994. Serie A/303-C.

²⁹⁶ Ver al respecto, ZAGREBELSKY, Vladimiro y Michele DE SALVIA (1991, 1998 y 2006, pp. 322-328). *Dirittidell' uomo e libertàfondamentali. La giurisprudenzadella Corte europea deidirittidell' uomo e della Corte di giustiziadelle Comunità europee*. Milano: Ed. Giuffrè, vol. II.

²⁹⁷ Respecto del requisito de admisibilidad del previo agotamiento de los recursos internos se puede consultar: MIRANDA, Haideer y David SOLANO (2005). *El agotamiento de los recursos internos como medio de acceso a una jurisdicción internacional en materia de derechos humanos*. San José: Ed. Universidad de Costa Rica.

En el recurso presentado ante la ex Comisión Europea de Derechos Humanos, la señora López Ostra sostuvo que, a pesar de su cierre parcial en septiembre de 1988, la planta continuó despidiendo malos olores, que provocaron en los miembros de su familia problemas de salud —verificados con la aportación de dictámenes médicos— en detrimento del derecho al domicilio y del derecho a la vida privada y familiar contenidos en el artículo 8 de la Convención.

A través de una sentencia de la Corte EDH se consideró que en el marco de la ponderación de derechos, el Estado no logró encontrar un justo equilibrio entre el interés del bienestar de la ciudad —al tener una planta de tratamiento de residuos— y el disfrute efectivo de la recurrente de su derecho al respeto al domicilio y a su vida privada y familiar,²⁹⁸ estableciendo la responsabilidad del Estado por su actuar omisivo en encontrar una solución acorde con los parámetros de la Convención Europea.

5.9.2. El Caso *Powell y Rayner vs. Reino Unido*

La resolución judicial más importante relativa a molestias de vecinos generadas por ruidos producido por aviones obra en la Sentencia (21/02/90) , del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso Powell y Rayner.

La situación fáctica era la siguiente:

El primer demandante, señor Powell, vivía con su familia en Esther-Surrey, en una casa que compró en 1957, a varios kilómetros del aeropuerto de Heathrow,²⁹⁹ cerca de Londres.

Estaba situada en un canal de vuelo utilizado, aproximadamente, una tercera

²⁹⁸ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (párr. 58). Sentencia López Ostra. *Op cit.*

²⁹⁹ *Heathrow* es uno de los aeropuertos que soporta una mayor actividad en el mundo, siendo utilizado por cerca de 90 compañías aéreas y teniendo 180 destinos en todo el mundo. Las restricciones de vuelos aéreos se establecieron en 1962 y han venido siendo revisadas más recientemente en 1988, 1993 y 1998.

parte del año, casi siempre en verano. La casa, hasta 1984, se incluía en el perímetro de 35 NNI (Índice Numérico de Ruido), considerado como de molestias débiles, en la que vivían aproximadamente medio millón de personas. Desde 1984 se la incluye en un sector con un índice más bajo.

El segundo demandante, el señor Rayner, cultivaba unas fincas, donde tenía también la vivienda desde el año 1961, que estaba situada a unos 2 kilómetros al oeste de la pista norte del mismo aeropuerto, en la continuación de una línea directa, y sobre él vuelan con regularidad de día los aviones y con menos intensidad de noche.

La finca y la vivienda se incluyen en el perímetro 60 NNI, con ruidos muy molestos. Los aparatos que van a aterrizar pasan sobre la citada finca a unos 450 pies (unos 135 metros), y los que despegan a una altura que oscila entre los 1250 pies (unos 375 metros) y los 2365 pies (unos 700 metros). Aproximadamente, unos 6.500 vecinos sufren molestias iguales o mayores que el señor Rayner.

La demanda contra el Reino Unido se presentó con fundamento en los artículos 6.1, 8 y 13 del Convenio.

Sin entrar en los aspectos procesales del caso, hay que mencionar que la Comisión Europea de Derechos Humanos, órgano que tiene como misión, entre otras, filtrar los asuntos que llegan al Tribunal, sólo admitió para su tramitación la reclamación formulada al amparo del artículo 13. Por tanto, el asunto fue sometido por la Comisión al TEDH, con la finalidad de que se resolviera si el Estado demandado había incumplido sus obligaciones a tenor del citado artículo 13 del Convenio.

Los demandantes se quejaban de que no pudieron ejercitar una acción judicial por daños, fundada en el ruido de las aeronaves (la Ley de Aviación Civil Británica no lo permite por el solo motivo de que un avión sobrevuele una finca a una altura razonable, mientras no se infrinjan las disposiciones vigentes).

Planteada así la cuestión, el TEDH resolvió en bases a las siguientes argumentaciones:

El Tribunal Europeo en el caso Powell y Rayner reconoció que el ruido de un aeropuerto atentaba contra el derecho al respeto de la vida privada y del domicilio (artículo 8 del Convenio Europeo), el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (artículo 13) y el derecho al respeto de sus bienes: “Reconoce la sentencia que el ruido de los aviones que salen del aeropuerto Heathrow o que van a tomar tierra en él ha afectado a la vida privada y al disfrute del hogar de los demandantes, aunque con distinta intensidad”. Por consiguiente, el artículo 8 ha de tenerse en cuenta con relación al señor Powell y al señor Rayner.

Por todo ello, el TEDH reconoce que,

Si un avión, al salir del aeropuerto o al acercarse para aterrizar, vuela razonablemente bajo y respetando las normas en vigor, y si el estado de que dependen las instalaciones ha dictado aquellas procurando reducir las inevitables molestias que causa el ruido en las viviendas y fincas de alrededores, no parece que pueda denunciarse con fundamento suficiente en Derecho una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por otro lado, sostiene el TEDH, que no se puede discutir la necesidad de los grandes aeropuertos ni que el Estado demandado ha tomado una serie de medidas para mitigar las molestias que causan con sus ruidos las aeronaves.

Medidas adoptadas por la British Airports Authority, luego del caso Powell y Rayner:

- a) Tener en cuenta, al establecer los derechos de aterrizaje, las normas de la OACI³⁰⁰ sobre la homologación fónica para estimular

³⁰⁰ OACI (Organización de Aviación Civil Internacional). La comunidad internacional relacionada con el transporte aéreo ha promovido, a partir de los años 40, distintas organizaciones y grupos de trabajo con el objeto de reducir el impacto ambiental de la aviación comercial, fomentando la tecnología, los procedimientos y la normativa ambiental más adecuados a fin de garantizar el desarrollo sostenible de este sector fundamental para el desarrollo económico en todo el

el uso de aparatos más silenciosos.

- b) Desde 1971 se limitan los movimientos nocturnos de los aviones a reacción, para ir suprimiendo los vuelos nocturnos de los más estrepitosos.
- c) En cuanto a la prevención del ruido, desde 1974 se utiliza un sistema automático que comprende 13 terminales de vigilancia del ruido conectado a un centro de datos y de control. El aeropuerto comunica a las compañías aéreas cualquier exceso del límite permitido.
- d) La normativa vigente obliga a los aviones que salen de Heathrow a mantenerse en unos pocos itinerarios o canales preferentes por el ruido para evitar, en lo posible, las grandes zonas edificadas.
- e) Se utilizan actualmente, procedimientos de aproximación considerados más silenciosos que los de tiempos anteriores.
- f) En 1986 se revocó la concesión de una línea de helicópteros que enlazaba los aeropuertos de Heathrow y Gatwick y que venía realizando este trayecto desde 1978.
- g) En 1980 se estableció en Heathrow un “programa de aislamiento acústico de las viviendas de 16.000 propietarios que supuso un coste para la British Airports Authority de 19 millones de libras esterlinas”. El señor Rayner, al igual que el resto de las personas que habitan dentro del perímetro de 60 NNI, tienen derecho a una subvención del 100% de los gastos de aislamiento acústico de su vivienda.

mundo. Así, mediante el Convenio de Chicago de 1944 se creó la OACI, que se ha convertido en el organismo mundial de la aviación civil. A su vez, la OACI creó el “Comité para la Protección Ambiental en la Aviación” (CAEP) al que hizo responsable de los asuntos ambientales y encargó el desarrollo de estándares y recomendaciones en relación con el impacto de la aviación en el medio ambiente. Dentro de la CAEP existe un grupo de trabajo central y cinco grupos técnicos, de los cuales, dos se encargan del estudio de la contaminación acústica, en general, y del ruido en los aeropuertos.

5.9.3. El caso *Guerra y otros vs. Italia*

El criterio anteriormente expuesto como tesis de principio ha sido seguido en una serie de casos posteriores, entre los cuales destaca la sentencia *Guerra y otros vs. Italia*. La importancia del presente caso, se enmarca en el hecho de que los recurrentes alegan la violación del artículo 8, la existencia de un “derecho a la información en materia ambiental”, que se deriva del contenido del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En este caso, los recurrentes habitaban en la ciudad de Manfredonia, distante sólo a 1 kilómetro de una fábrica de químicos denominada “Enichem Agricultura” que producía fertilizantes, la cual fue clasificada como “de alto riesgo” y donde en el pasado se verificó un grave incidente que provocó la intoxicación de varias personas. Anteriormente a la resolución del caso, la Corte EDH entró a analizar el grado de actuación de la Ley italiana D. P. R. n.º 175/88, que imponía una serie de obligaciones para los titulares de un establecimiento industrial catalogados como de alto riesgo —como la presente industria—, así como a las autoridades centrales y locales del Estado, con la finalidad de prevenir el riesgo de algún incidente que pudiera acarrear un daño al ambiente o amenazar a las poblaciones interesadas.

Al respecto, tal normativa establecía la obligación de las autoridades locales competentes —municipales— de informar a las poblaciones interesadas de los riesgos de la actividad industrial, de las medidas de seguridad adoptadas, así como de los planes de emergencia establecidos y los planes que se deben seguir en caso de la existencia de algún incidente.

En el estudio del artículo 10 de la Convención, que tutela el derecho a la libertad de expresión,³⁰¹ la Corte atendió los argumentos de las partes. Para los

³⁰¹ Artículo 12.- (...)

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de

representantes del gobierno, tal disposición se limita a garantizar la libertad de recibir información sin que se presenten obstáculos, pero en ningún momento impone alguna obligación positiva para el Estado.³⁰²

La Comisión Europea sostuvo —interpretando extensivamente— el artículo 10 de la Convención que “(...) la importancia del derecho a la información ambiental encuentra su razón de ser en la exigencia de proteger el bienestar y la salud de las personas implicadas, es decir, tutelar indirectamente, los derechos que son protegidos por otras disposiciones de la Convención”.³⁰³

En sentencia, la Corte EDH señaló que la libertad de información mencionada en el artículo 10 (2) de la Convención, no encuentra aplicación en el presente caso. Lo anterior, por cuanto dicho numeral no impone al Estado una obligación positiva de recolección y divulgación de la información “mutuo propio”, como pretendían los recurrentes, sino que se limita a prescribir una obligación de carácter negativo, respecto de abstenerse de cualquier injerencia en la circulación de la información.

Por su parte, de importancia para el estudio del artículo 8, los jueces de la Corte Europea tuvieron por demostrado, conforme a la pruebas puestas en su conocimiento que: a) durante su ciclo productivo tal industria había liberado grandes cantidades de gas inflamable, así como sustancias nocivas, como anhídrido de arsénico; b) por la ubicación del establecimiento industrial, las

fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

³⁰²CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Guerra y otros vs. Italia*. Sentencia del 19 de febrero de 1998, párr. 51.

³⁰³COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de Admisibilidad. Caso Guerra y otros vs. Italia*, párr. 52.

emisiones de sustancias en la atmósfera eran canalizadas hacia el centro de la ciudad.³⁰⁴

Con fundamento en lo anterior, la Corte, haciendo referencia al principio expresado en la sentencia López Ostra, observó que los recurrentes permanecieron hasta el cierre de la fábrica —más de seis años— a la espera de recibir información determinante que les hubiera permitido valorar los riesgos que podrían derivar sobre ellos y sus familias, aunado al hecho de continuar residiendo en el territorio de Manfredonia, donde se encontraban expuestos, no sólo a la inhalación de sustancias tóxicas, sino a un gran peligro constante en el caso de un nuevo incidente en la fábrica.

Lo anterior determinó la responsabilidad del Estado por la omisión en garantizar de forma efectiva, el derecho de los recurrentes a la vida privada y familiar.

5.9.4. Caso Chevron Vs. Ecuador

El Caso N° 2003-0002 representa un fallo ejemplar al nivel mundial respecto a la sanción por la alta contaminación realizada por actividades petroleras de la subsidiaria (Chevron) de la Compañía Norteamericana Texaco , el Juez ecuatoriano Nicolás Zambrano³⁰⁵, frente al daño ambiental y cultural condenó a Chevrón al pago de más 8,646,000,000.00 millones de dólares por reparación, a fin de costear la recuperación de las condiciones naturales del suelo (\$ 5,396,160.00); de aguas subterráneas (\$ 600,000,000.00); de especies nativas al menos por 20 años (\$ 200,000,000.00); mitigar -al ser un daño de imposible reparación- los daños de salud en las poblaciones afectadas (\$ 150,000,000.00); crear un sistema de salud (\$ 1,400,000,000.00); la provisión de un plan de salud que incluya un tratamiento para las personas con cáncer (\$ 800,000,000.00); y la reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica para

³⁰⁴CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (1998, párr. 30 y ss.). *Caso Guerra y otros vs. Italia*, sentencia del 19 de febrero de 1998.

³⁰⁵Sentencia Caso2003 -00002 Ecuador Vs. Texaco.

mitigar el irreparable daño cultural ocasionado (\$ 100,000,000.00).

La Sentencia de primera instancia del Caso Chevron Vs. María Aguinda y otros (Ecuador), considera dentro de los fundamentos de la sentencia las medidas de reparación, enfocadas ha que pueden ser aplicadas a los daños materiales: “considerando que éstas pueden ser tres tipos: (1) medidas principales, enfocadas a reponer los recursos naturales a su estado básico en la medida y a la brevedad posible; (2) medidas complementarias, creadas reconociendo que las medidas principales pueden demorar o no ser del todo efectivas, y cuyo objetivo es compensar el hecho de que la reparación primaria no consiga la plena restitución de los recursos naturales y compensar el tiempo que pasa sin reparación; y (3) medidas de mitigación, destinadas a disminuir y atenuar el efecto de daños de imposible reparación.

Entre los principales punto más resaltantes de la sentencia en el caso Chevron tenemos los siguientes:

- a) **Dilataciones procesales.-** Ante un proceso ambiental de por si complicado por la numerosas partes litigantes , no se puede dejar de advertir la posibilidad permanente de la interposición de recursos procesales que tengan por finalidad producir múltiples “dilataciones procesales” que podrían incurrir en mala fe procesal los litigantes desde cuestionar los peritajes o impugnar diferentes actuaciones procesales del *Ad Quo*, se tendrá que revestir al Juzgador de ciertas reglas procesales que hagan que el proceso no tenga una duración entre 10 a 20 años, y que exista un parámetro entre las oposiciones a peritajes, testimonios, inspecciones judiciales en los lugares donde aconteció el daño ambiental, sin duda alguna el Juez será quien tenga las facultades directrices según los principios del *Iura Novit Curia* y mediante la Prueba de Oficio, que podría advertir conductas procesales que tenga como única finalidad dilatar injustamente un proceso ambiental que requiere celeridad, en este orden de ideas resaltamos, lo prescrito en la sentencia del Caso Chevrom por el Juez Ecuatoriano Nicolás Zambrano “ El

expediente demuestra que entre ambas partes procesales se solicitaron más de cien inspecciones judiciales, siendo esta una carga sin precedentes para esta Corte, que sin embargo las aceptó y ordenó que se practiquen, a pesar de lo cual era evidente la necesidad de coordinación entre las partes y la Corte para el mejor desarrollo de estas diligencias. Por este motivo la Corte aceptó el documento denominado «Términos de referencias para las inspecciones judiciales, plan de análisis y plan de muestreo», propuesto por ambas partes procesales para guiar el trabajo de los peritos³⁰⁶.

³⁰⁶ Caso Chevron Vs. Maria Aguinda y otros. Juicio 2003 - 0002 . Juez Nicolás Zambrano Lozada P. 36. La parte demandada se ha quejado repetidamente de la forma en que esta Corte ha conducido el proceso verbal sumario, supuestamente por haber' aplicado incorrectamente el principio de celeridad, impidiendo a la demandada ejercer su defensa, todo lo cual está en discordancia con lo que demuestran las tablas procesales de este proceso que ha durado casi 8 años y ha acumulado más de dos cientos mil fojas de expediente. Sin embargo, el tiempo que ha demorado el despacho de esta causa no es de responsabilidad del juzgador sino de las partes procesales, que han sabido debatir y complicar inclusive los aspectos más cotidianos de la tramitación de una causa. Así desde el inicio de la tramitación de esta causa podemos empezar refiriéndonos a: 1.) La prueba pedida por Chevron en los numerales 30, 31, 38, 62, 63, 73, del escrito de 27 de octubre de 2003, a las 17h00, (fojas 3295) ya que revisando el expediente queda constancia de que la Corte ha oficiado en dos ocasiones a la institución requerida en el pedido de la demandada, recibiendo una respuesta en oficio No. 1890-DNH-EEC90692, presentado el 18 de mayo de 2009, a las 10h49, que consta a fojas 156.548, que conoció Chevron, y que indicaba que era necesario se proceda a designar dos personas para que revisen la documentación, ante lo cual Chevron no manifestó interés alguno ni se pronunció designando ni insinuando o insinuando alguna persona que asista a completar la diligencia de su interés, pese a ser prueba pedida por su defensa, dejando que pase el tiempo y cambie la etapa del juicio, y luego del de la fase probatoria, han pretendido reabrir la con un pedido por demás extemporáneo. La Presidencia considera este accionar de la defensa de la parte demandada como prueba de mala fe procesal. 2) Pasando a la fase de inspecciones judiciales encontramos que existen sendas impugnaciones en contra de los distintos peritos y de la forma como realizaron su trabajo, por la forma como fueron nombrados y posesionados, e inclusive se ha exigido esta Corte la designación de peritos dirimientes para solventar la presunta contradicción entre los peritos, por lo que resulta oportuno referirnos a estos temas, que con su debate y posiciones han amenazado de impedir el avance regular del proceso de recolección de evidencia, o en tal caso, de prolongarlo indefinidamente.

- b) **Levantamiento del Velo Societario**³⁰⁷.- por implicancias de responsabilidad ambiental debe de constituir una herramienta para que el Juzgador o un Tribunal Arbitral en aplicación del principio superior de “Tutela Ambiental” puedan conocer un real alcance de la extensión de la responsabilidad empresarial o corporativa de las empresas extractivas que puedan realizar actividades contaminantes, en la práctica corporativa diversas compañías operan en diferentes países mediante las filiales y teniendo una casa matriz en el país donde la empresa tiene sede o se encuentra su mayor capital, en crear Filiales con personería jurídica propia en el país donde se opera las actividades extractivas y con capital propio crea dificultades al Juzgador para establecer el real alcance de la responsabilidad corporativa.
- c) **La Culpa derivada de incumplimiento de normas ambientales administrativas.**- El incumplimiento de normas ambientales administrativas sectoriales para las actividades extractivas puede representar la culpa civil como supuesto de indemnización, en este sentido transcribimos un extracto de la Sentencia del Proceso del caso Texaco: “De modo concordante, si profundizamos más en el análisis del expediente encontramos varias sanciones administrativas impuestas a Texaco por los actos de Texpet, pero dejando de modo expreso a salvo los derechos de terceros. Así por ejemplo, lo demuestra el expediente en foja 155551, que contiene la notificación de una sanción impuesta a Texaco Petroleum Company, en la cual de manera expresa “ se deja a salvo derechos de terceros para que inicien las acciones civiles y

³⁰⁷ Sentencia Caso2003 -00002 Ecuador Vs. Texaco. P. 16."El empleo de una empresa subsidiaria, en este caso TEXTPET, creada para desarrollar operaciones en el Ecuador como una empresa distinta, con un capital y patrimonio diminutos, infinitamente inferiores al volumen real de sus operaciones, corresponde a un esquema diseñado a limitar el impacto de cualquier reclamación derivada de sus actividades en el país. En realidad, TEXTPET no fue sino un instrumento mediante el cual actuó TEXACO INC, propietaria por si misma o a través de sus filiales, de la totalidad del capital de aquella." Afirma también que TEXACO INC dirigió, supervisó y controló las operaciones en el Ecuador de su compañía subsidiaria TEXTPET y estableció los procedimientos operativos y las técnicas a emplearse en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos”.

penales a que hubiere lugar”, o también el oficio 17557 de 13 de diciembre de 1976, enviado al Gerente General de Texaco Petroleum Company, Michael Martínez, por el Secretario la Dirección General de Hidrocarburos, Ernesto Corral Bueno, en el que también se lee con toda claridad que “ se deja a salvo los derechos de terceros para que inicien las civiles y penales a que hubiere lugar”(foja 155554) .Es idéntico el caso de la Resolución N° 3-77 del Ministerio de Recursos Naturales, de 19 de julio de 1977 (foja 155555). Del mismo modo sucede también con los documentos constantes en foja 155558 y 155562 en adelante. Siendo así, y al ser jurídicamente exigible a Texpet el deber de evitar tales daños al amparo de la legislación histórica vigente en la época que opero el Consorcio, resultaría evidentemente en una conducta culposa grave³⁰⁸.

- d) El Daño ambiental cultural.-** La Sentencia resalta el daño ambiental cultura, derivado del impacto sufrido por los pueblos indígenas que puede ser considerado como daño ambiental, es el daño cultural provocado por el desplazamiento forzado debido principalmente al impacto sufrido por tierras y por la disminución de las especies que

³⁰⁸Sentencia Caso2003 -00002 Ecuador Vs. Texaco. (Pp. 80-81). La presencia de estos oficios en el expediente demuestra que la demandada conocía de antemano que no se encontraba a salvo de reclamaciones por parte de terceras personas, sino por el contrario, los derechos de esas terceras personas eran los que se encontraba a salvo. *Esta Corte reconoce que las sanciones impuestas por el Gobierno del Ecuador a Texpet en la época de la operación del Consorcio no implica de modo alguna una reparación del daño causado, sino una mera sanción administrativa que refleja un cumplimiento legal.* Sin que ningún daño haya sido reparado. Con respecto a la voluntad del autor del daño, se considera que el expediente no demuestra en ninguna de sus partes que la compañía Texpet haya actuado con la voluntad manifiesta y positiva de causar daño, por lo que en principio no existiría una intención dolosa, sin embargo, no podemos dejar de observar otros elementos probatorios aportados por la parte actora con la intención de demostrar que la demandada tenía conocimiento de los potenciales daños que causaría por la forma en que realizaba sus actividades, y además que tenía el conocimiento y la capacidad técnica de impedirlos a un costo razonable, lo cual, en caso de ser cierto haría que tales daños sean no solo previsibles, sino evitables, por lo que. Al serles jurídicamente exigibles él debe de evitar tales daños al amparo de la legislación histórica vigente en la época, resultaría evidentemente en una conducta culposa grave, que en materia civil se asemeja al dolo.

servían para la cacería y la pesca tradicionales, lo que los ha obligado a modificar sus costumbres.

- e) **Teoría del Riesgo Creado .-** La Sentencia precisa que la naturaleza de la actividad que presuntamente condujo a los daños en suelos, por la demandada como operadora del Consorcio, por lo que en criterio del juzgado resulta apropiada la aplicación de la teoría *"De la creación culposa del riesgo injustificado de un estado peligroso"*, en cuyo contexto se tiene acreditado el nexo causal cuando el resultado causal precedió a la configuración de un riesgo injustificado, o bien la creación culposa de un estado que ciertamente incluía peligro', de ahí que conviene analizar 4 elementos: **1.-** Si las prácticas empleadas por Texpet configuraban Un riesgo, es decir, si es que la industria hidrocarburífera es de hecho una industria peligrosa, es decir si las prácticas empleadas por Texpet para el desarrollo de su industria implicaban necesariamente la generación de desechos peligrosos; y como segundo fundamento ; **2.-** Si es que este riesgo peligro creado ha sido innecesario, es decir, si el riesgo creado por estos desechos podía ser evitado o al menos atenuado por quien lo ha creado; **3.-** Si es que el no haber evitado o atenuado el riesgo, pudiendo hacerlo, ha tenido efectivamente como consecuencia la ocurrencia de los daños previsibles; y **4.-** Finalmente el juzgador evaluó las declaraciones de ciudadanos que dicen haber conocidos estos hechos de forma directa, las mismas que han sido recibidas durante las inspecciones judiciales, y que serán apreciadas en orden a corroborar desmentir lo hallado en este análisis.
- f) **Fallo del juzgador atribuyendo contaminación.-** Existe contaminación atribuible al esquema de operaciones petroleras de la Concesión, ya que tal como fue diseñado disponía el vertimiento de afluentes en el ambiente, a pesar de existir otras alternativas tecnológicas disponibles.

La contaminación reportada puede considerarse como peligrosa, porque consta admitida la posibilidad de que el vertimiento de fluidos como los

que admite haber vertido Texaco, a nombre de Texpet, cause daños a la agricultura y a la salud de las personas, Esta posibilidad de sufrir un daño, que en este caso amenaza a personas indeterminadas, no deben padecerla indefensos los amenazados por el daño contingente, porque el legislador ha previsto sabiamente (art. 2236 Código Civil) el ejercicio de la acción popular que están ejerciendo, mediante la cual han pedido, entre otras cosas, la remoción y el adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes, el saneamiento de los ríos, esteros y lagos, y en general la limpieza de los terrenos plantaciones, cultivos y demás, donde existan residuos contaminantes producido o generados a consecuencia de las operaciones dirigidas por Texaco que son precisamente aquellos contaminantes referidos en líneas anteriores reportados en los informes de los distintos peritos que han presentado sus informes, y que amenazan con la posibilidad admitida por los demandados de Causar daño a personas indeterminadas, como aquellas que los accionantes representan, el vertimiento de los contaminantes descritos pudo ser evitado por la parte demandada con la utilización de otra tecnología que estaba disponible en la época, pero que fue omitida en el esquema de operaciones de la Concesión, que estaba bajo completa responsabilidad de la compañía Texpet, que operaba coma subsidiaria de cuarto nivel de Texaco Inc. quien a su vez se fusionó públicamente con Chevron, creando Chevron Texaco, la compañía demandada en este juicio, que luego pasaría a cambiar su nombre a Chevron Corporación.

Capítulo VI

Bases y acciones para una sistematización jurídica del daño ambiental

6.1. La Naturaleza Jurídica del daño ambiental

No es posible esbozar los conceptos entorno de la naturaleza jurídica del daño ambiental, sin considerar que la contaminación y generación de daño ambiental, representan un problema en el Perú y diferentes países en el contexto internacional, sólo a manera de referencia, fue alarmante lo ocurrido tras el catastrófico terremoto en Japón en el 2011, la planta nuclear de Fujushima tuvo diversas fugas radioactivas³⁰⁹ causando gran alarma entre los

³⁰⁹Fuente:http://www.elpais.com/articulo/internacional/Alerta/Japon/contaminacion/radictiva/alimentos/agua/elpepuint/20110319elpepuint_3/Tes. Los primeros efectos de las fugas radiactivas que lentamente se producen desde aquel día comienzan a llegar a la población. El Gobierno ha confirmado esta mañana (hora española) que se han encontrado partículas de yodo radiactivo en el agua que llega a los hogares de Tokio,

japoneses y los habitantes de países vecinos, por las amenazas de diversas formas de contaminación de los alimentos y afectación a las personas, no existe duda de que el alto riesgo de la actividad nuclear, deviene en que podría ocurrir una catástrofe ambiental debido a la contaminación nuclear, sin duda el rol que pueda ejercer el estado frente a los políticas y exigencias ambientales a las compañías, acciones estatales encaminadas a cumplimiento de estándares: normativas de seguridad, y calidad ambiental en las actividades nucleares.

Sin embargo, por más normas y mecanismos de prevención, en cualquier momento estas actividades nucleares pueden devenir en una catástrofe nuclear, como lo fue el accidente en la Planta Nuclear de Chernóbil.

El acelerado crecimiento de las actividades industriales y la tecnología utilizada por el hombre, representan posibilidades de generar diversos daños ambientales, por el uso de objetos o actividades riesgosas sin que se realicen con la aplicación las diligencias debidas o simplemente por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, se podrían generar actos contaminantes por parte de Personas Jurídicas o Personas Naturales en forma indistinta, nuestra actual sociedad y su constante avance tecnológico e industrial representan siempre posibilidades latentes de generar actos de contaminación que ocasionan daños ambientales.

El daño ambiental constituye un daño *sui generis*, por cuanto quebranta un conjunto de derechos fundamentales (vida, moral, salud, propiedad, libertad,

informa France Presse citando a la agencia de noticias japonesa Kyodo. También se han encontrado este tipo de partículas en el agua del grifo de otras localidades del país: Tochigi, Gunma, Saitama, Chiba y Niigata, además de en otras localidades de la prefectura de Ibaraki. El Ministro japonés de Ciencias ha dicho, no obstante, que las dosis radiactivas son inferiores a los límites que marca la ley. Además, el gobierno ha reconocido que se han detectado altos niveles de radiactividad en leche y productos agrícolas cerca de la central nuclear de Fukushima, aunque aseguró que la contaminación "no supone riesgo inmediato", informa EFE. Esta información contrasta con el último informe de la OIEA, que recoge que la presencia de partículas de yodo radioactivo sí son perniciosas para la salud en el corto plazo. En cualquier caso, el Gobierno de Japón ha decidido paralizar la venta de todos los alimentos que provengan de la prefectura en la que se encuentra la central nuclear como medida preventiva, informa Reuters.

etc.) de la persona, siendo éste un daño patrimonial y no patrimonial, colectivo y privado, encontrándose su magnitud muy perjudicial y complicada como para poder definir el real alcance e impacto de toda actividad contaminante, sean extractivas o industriales.

La doctrina, la jurisprudencia y la legislación peruana, no han logrado en todo este tiempo brindar una definición acertada y pertinente sobre verdadera magnitud del daño ambiental, siendo generados por el crecimiento económico y falta de adecuados mecanismos de gestión ambiental donde el estado tiene poca presencia por falta de especialidad y voluntad política de efectuar su funciones de fiscalización y sanción.

Connotados profesores civilistas como Fernando de Trazegnies, Alfredo Bullard y Leysser León, en entrevistas efectuadas en la recolección de información de nuestra tesis, concuerdan en que el legislador del Código Civil de 1984, no diseñó un marco jurídico de protección civil respecto a la tutela del daño ambiental, ya que sólo brinda un conjunto de reglas y principios generales respecto a la responsabilidad extracontractual

Es así que el daño ambiental representa un daño distinto al daño civil tradicional, que forma parte del sistema de responsabilidad civil, siendo, pues, que el daño ambiental se encuentra revestido de características únicas y distintas al daño patrimonial, daño no patrimonial, daño moral, El daño a la persona.

El daño ambiental presenta características propias y peculiares, siendo las siguientes:

- a) **Numerosas víctimas.-** La ocurrencia de una actividad contaminante y como consecuencia la generación de daño ambiental, representa una contaminación a gran escala que trae consigo innumerables víctimas, la contaminación de una fábrica frente a un vecindario produce contaminación a los vecinos, transeúntes y en general

mientras persista la actividad contaminante no se podría contabilizar la cantidad de víctimas.

La contaminación a las aguas marítimas, o la calidad de agua o aire, devienen en actos contaminantes que genera un daño ambiental donde existe innumerables víctimas de cualquier condición social, económico, religiosa o política, el daño ambiental aglomera indeterminados grupos de víctimas, lo cual por excelencia es un daño difuso dentro de la teoría de tutela de los derechos difusos.

Entre las víctimas tenemos a los seres humanos y todos los elementos constitutivos del medio ambiente (biodiversidad, paisaje, etc.)

El daño ambiental representa un daño en perjuicio de numerosas víctimas que hace más complejo la identificación de las personas contaminadas, la tarea de encuestar o agrupar a las víctimas ya representa una labor demasiado tediosa y onerosa, que complica mucho cualquier estrategia legal de acumulación de pretensiones o la interposición de acciones procesales en tutela de derechos difusos.

Esta dificultad podría representar una ventaja al sujeto contaminante por cuando al existir dificultad al identificar y agrupar a la cantidad de víctimas, la demandada podría acogerse a la estrategia de la prescripción y caducidad de acciones procesales, sin embargo a criterio de algunos procesalistas bien podría representar un riesgo en contra de Presunto agente contaminante, por cuanto cualquier «víctima nueva» podría solicitar su incorporación al proceso como tercero civil o litisconsorte, en resumen la dificultad de la identificación de víctimas es una dificultad generada para los demandantes, demandados y el Estado.

b) Los daños transfronterizos incalculables geográficamente.- El daño ambiental traspasa los límites geográficos y fronterizos, en muchas ocasiones no importan en que jurisdicción o estado se generó primero el daño y mucho más alarmante la extensión que se produce del daño ambiental frente a otros países y su extensión a innumerables poblaciones y ecosistemas.

Siendo un daño ambiental internacional y que se extienden por todo el territorio de un determinado país.

Un claro ejemplo de que el daño ambiental puede traspasar fronteras, se encuentra en la contaminación del Río Danubio³¹⁰, que tiene una longitud de 2,870 Km, desde Alemania hasta el mar negro, atraviesa 19 países acogiendo a casi 83 millones de habitantes.

El río Danubio presenta una diversa contaminación debido a que se enturbia el drenaje de aguas residuales, pesticidas y químicos sin tratamiento.

Pero además de la contaminación, el Danubio también está siendo afectado por el rápido crecimiento del transporte fluvial y las autoridades de la Unión Europea consideran que el flujo de embarcaciones en el río se duplicará en los próximos 10 años.

³¹⁰ El «barro rojo» que arrasó más de 400 viviendas en Kolontár y Devecser (Hungría), y que acabó con la vida de cuatro personas, dejando más de 130 heridos, llegó el jueves al río Danubio. A su paso ha dejado solamente muerte y devastación. El río Marcal ha quedado sin vida. No hay pez ni vegetación que haya sobrevivido en un tramo de 40 kilómetros. Y tendrán que pasar décadas y décadas antes de que algún día esta zona, ahora estéril, se recupere del vertido tóxico que se produjo tras la ruptura de una balsa con residuos de aluminio. La desolación también ha llegado al Danubio, un agua de la que depende el abastecimiento de 20 millones de personas y que es una zona importante para la pesca. Aunque la concentración de metales pesados a su paso por el segundo río más largo de Europa se ha ido reduciendo y el riesgo de contaminación, por tanto, es menor de lo que se temía, el peligro continúa. Los niveles de pH del agua se han disparado, y podrían morir muchos más peces de los que ya lo han hecho. (<http://www.larazon.es/noticia/7898-el-rostro-de-la-catastrofe-en-la-cuenca-del-danubio>)

Entre otros ríos contaminados, tenemos el río de la Plata entre Argentina y Uruguay o el río Indo, entre Afganistán y Pakistán.

c) Dificultad de la cuantificación económica.- El principio contaminador - pagador está diseñado para que el Juzgador pueda imponer una justa y equitativa indemnización económica a favor de la víctima(s) del daño ambiental, pero esta función de otorgar un monto de indemnización deviene sin duda alguna en una tarea complicada y científica, debido a que el magistrado con el actual sistema de justicia carece de instrumentos jurídicos (jurisprudencia, doctrina) y técnicos (servidores jurisdiccionales y peritos especializados) que permitan al Juzgador otorgar un monto de indemnización justo y equitativo.

El actual sistema de indemnizaciones judiciales, es desalentador, por cuanto los montos otorgados como indemnización por daños a la vida y la salud son montos ínfimos y que no representan una justa compensación económica, en los daños ocasionados en contra de la víctima no se toma en consideración el real estatus económico del agente que causó el daño en contra de su víctima.

Cuantificar el valor económico de la contaminación un río o extinción de especies de fauna y flora, podrían representar la cuantificación de sumas incalculables.

Tal vez resulta más práctico efectuar un ejercicio matemático de cuantificar los daños a la vida, salud, propiedad o derechos patrimoniales producto de una actividad contaminante que genere daño ambiental, sin dejar de considerar ciertos criterios mediáticos como la presión social, política, económica y cultural, que tendría el Juzgador al momento de fijar en una sentencia una suma indemnizatoria.

Si se lograría efectuar una cuantificación económica del daño ambiental esta cifra sería injusta tanto para las víctimas, porque considerarían que el daño causado es mayor al monto fijado por el Juzgador y por parte de la demandada por cuanto la suma fijada por el juzgado es excesiva y que no guarda relación con el daño causado, y que la suma devendría en la quiebra económica y empresarial de un agente económico.

El monto de indemnización ambiental otorgado por el *Ad Quo* siempre será cuestionado vía apelación de sentencia, incurriendo en una mayor dificultad para el Tribunal Superior que se le encomiende una nueva evaluación de los criterios para fijar un monto de indemnización ambiental fijado por el *Ad Quo*, un Tribunal Arbitral no podría quedar al margen de esta dificultad frente a la cuantificación económica del daño ambiental.

- d) Vulneración de derechos patrimoniales y no patrimoniales.**-Una diferencia del daño ambiental frente al daño civil tradicional, se enmarca respecto a que el daño ambiental vulnera derechos patrimoniales: como el derecho de propiedad y la frustración de oportunidades económicas por actividades contaminantes, a manera de ejemplo: la resolución o falta de renovación de contratos de arrendamiento, venta de propiedad a precios ínfimos debido a la zona de contaminación que se ubican, la menor producción de cultivos por ser regadas con aguas contaminadas o el impedimento de realizar pesca por contaminación de las aguas fluviales y marítimas, siendo estos supuestos bajo los cuales las víctimas identifican al daño ambiental como la causante de la pérdida o disminución de su patrimonio o la frustración de una ganancia económica, es necesario la aplicación adecuada y fundamental la teoría del daño emergente y lucro cesante, componen formas pertinentes a efectos de invocar una indemnización equitativa y justa

por la generación de un daño ambiental económico.

Los daños a vida y la salud, si bien son derechos fundamentales tutelados por la Constitución y el Código Civil, estos daños a la vez generan un perjuicio económico en contra del patrimonio de la víctima(s), aquella persona que producto de los humos contrae cáncer o enfermedades pulmonares, aquel campesino o nativo que utiliza aguas contaminadas para sus actividades cotidianas (alimentación y aseo), necesariamente incurrirá en solventar pagos por consultas médicas, medicinas y diversos servicios de salud, lo cual genera un desembolso de recursos económicos que no eran necesarios asumir, si no se perjudican por una actividad contaminante, pero que por supervivencia y calidad de vida la víctima (s) o el estado asumirá estos gastos, sin lugar a dudas los derechos de la vida y la salud son los pilares fundamentales para evitar a cualquier costo el daño ambiental humano.

Los derechos ambientales no patrimoniales se encuentran conformados por el daño moral causado a la víctima por cuanto al vivir en zonas de contaminación o padecer una enfermedad (producto de la contaminación) traen consigo un sufrimiento o sentimiento de angustia que antes de la actividad contaminante no se padecía, este daño moral tiene dos dimensiones el daño moral individual y el daño moral colectivo.

El daño ambiental cultural³¹¹, podría expresarse como el sentimiento de sufrimiento de una colectividad urbana o rural por cuanto el goce de un bien ambiental público (calidad de aire, río,

³¹¹La Sentencia resalta el daño ambiental cultura, derivado del impacto sufrido por los pueblos indígenas que puede ser considerado como daño ambiental, es el daño cultural provocado por el desplazamiento forzado debido principalmente al impacto sufrido por tierras y nos y por la disminución de las especies que servían para la cacería y la pesca tradicionales, lo que los ha obligado a modificar sus costumbres.

paisaje, parque, bosque) dejo de existir o son testigos presenciales del deterioro diario del bien ambiental colectivo lo cual genera un daño cultural y ambiental colectivo, este tipo de daño fue expresado en la sentencia del Caso Chevron, respecto al daño cultural sufrido por las poblaciones indígenas de la amazonia del Ecuador en los diferentes campamentos e instalaciones de la Industria Petrolera de la Compañía Chevron.

- e) Contaminación de bienes públicos y privados.-** Los bienes públicos y privados se encuentran regulados por leyes especiales y no requiere de mayor abundamiento, es de resaltar que el acto contaminante de daño ambiental no discrimina entre un bien público (rio, bosque) o una propiedad privada, una actividad contaminante causa daño a los bienes privados de una persona jurídica o natural y al mismo tiempo causa daño a los bienes del estado,

Es necesario destacar la importancia que debería de cumplir el derecho administrativo ambiental mediante la implantación de los diversos sistemas de gestión ambiental y una permanente fiscalización, estas acciones enmarcan la posibilidad de que no se genere daño ambiental por las actividades extractivas e industriales que se ejecutan con autorizaciones, permisos, licencias, concesiones de los Ministerios competentes, si el Ministerio del Ambiente cumple este rol de fiscalización y sanción se podría reducir los casos de contaminación por parte de empresas debidamente autorizada para ejecutar sus actividades extractivas e industriales y con ellos la reducción de la contaminación sobre los bienes públicos y privados serian fundamentales para evitar la generación de daño ambiental en los bienes públicos y privados.

- f) La carga de la prueba.-** La Carga de la prueba del daño ambiental representa una gran dificultad legal y científica respecto a la

medición del grado de contaminación.

La carga de la prueba es compleja y dificultosa por la cantidad de víctimas, sujetos contaminantes, peritos y por su naturaleza difusa, un excelente testimonio de la prueba del daño ambiental se encuentra en nuestro análisis de la sentencia del caso Chevron vs Ecuador.

Las actividades contaminantes generadoras de daño ambiental afectan fundamentalmente un interés colectivo y privado, no sólo en el presente, sino a futuro e involucra a personas naturales por nacer, a diferencia del daño civil que normalmente afecta a personas individuales o sus bienes y raramente se extienden intergeneracionalmente.

Si bien, siguiendo los principios trazados en esos instrumentos jurídicos internacionales, varios países del mundo han intentado establecer sistemas de responsabilidad por el daño ambiental en sentido estricto, son escasas las legislaciones que distinguen entre la reparación de los daños materiales, patrimoniales e individuales de los daños causados al ambiente (daño ambiental puro).³¹²

La probanza del daño ambiental representa una dificultad al momento de la identificación del menoscabo o la vulneración de los derechos ambientales respecto a los derechos patrimoniales, no patrimoniales, individuales y colectivos que, frente a una actividad contaminante, devienen en la disminución de la aptitud vital del hombre desde la esfera interna (penas, sufrimientos, angustias) o la salud y la expectativa de vida.

La prueba de la relación de causa a efecto entre la actividad

³¹²Gonzales Márquez, José Juan (2002, pp. 118-120). *La responsabilidad por el daño ambiental en México*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.

realizada por una persona y el daño sufrido por otra, es como ya se han indicado, una de las más grandes dificultades que presenta en la práctica las cuestiones de responsabilidad. En teoría el concepto es muy simple: se trata de determinar la existencia de un vínculo entre dos realidades, de tal modo que puede decirse que un (daño) es consecuencia de la otra (actividad).

La dificultad de obtener recursos económicos y profesionales que puedan encaminar a efectuar peritajes, representan límites al momento de identificar las fuentes y los sujetos contaminantes, los honorarios de estos peritos casi siempre estarán fuera del alcance de las víctimas de daño ambiental y la participación de diversas pericias puede tonarse en innumerables diligencias de debates periciales y oposiciones.

Compartimos el criterio arribado por La Unión Europea respecto a la carga de la prueba “En los litigios ambientales puede ser muy difícil para el demandante y mucho más fácil para el demandado probar los hechos relativos a la existencia (o a la ausencia) de una relación de causa-efecto entre un acto del demandado y el daño. Por ese motivo diversos regímenes nacionales de responsabilidad ambiental cuentan con disposiciones destinadas a reducir la carga de la prueba en favor del demandante por lo que se refiere a la demostración de la culpa o la causalidad. El régimen comunitario también podría prever alguna de estas formas de reducción de la carga de la prueba tradicional, cuya definición específica se haría en una fase posterior³¹³”.

Es fundamental destacar que ante la presencia de un daño ambiental evidente la carga de la prueba pueda ser invertida y ser el agente contaminador quien tendría que acreditar que no efectuó la

³¹³ Comisión Europea (2000, p. 19) Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental. Luxemburgo.

actividad contaminante o que su actividad se encuentra regulada dentro los límites ambientales administrativos, sin perjuicio que toda actividad contaminante genera daños y por ende responsabilidad ambiental.

No se puede dejar de señalar que todo daño ambiental es un daño irreversible, por cuanto una vez ocasionado el daño, es imposible la restauración de las condiciones ambientales y de salud de las personas anteriores al daño, siendo las medidas de restauración poco reales.

Por las numerosas razones expuestas en los párrafos anteriores, la naturaleza jurídica del daño ambiental presenta características y matices distintos al daño institucionalizado y regulado por el derecho civil peruano siendo necesario que el Código Civil y La Ley General del Ambiente puedan establecer la naturaleza jurídica del daño ambiental.

6.2. La regulación ambiental por la producción de daño ambiental

El Código Civil Peruano no regula, bajo ninguna institución jurídica, la producción y tutela del daño ambiental. Esto genera un problema para los operadores del derecho, al carecer de una norma civil que brinde una tutela adecuada al daño ambiental. Si bien la Ley General del Ambiente incorpora la responsabilidad ambiental, pero la regula en forma confusa, defectuosa y errada, en base al sistema objetivo y subjetivo de la teoría general de la responsabilidad civil.

En este sentido Ferrando, afirma “Aunque sea lamentable admitirlo, antes del año 2005, la responsabilidad civil por daño ambiental no fue legislada con normativa especial y existía incertidumbre al realizar una tutela civil, con excepción de algunas disposiciones legales aisladas referidas a la responsabilidad civil de corte

ambiental derivada de alguna actividad muy específica, no existía en el Perú un marco legal que integre en forma sistemática y ordenada los principios que la conforman, ni los mecanismos y sistemas que la afronten.”³¹⁴

La regulación de la responsabilidad civil por daño ambiental en el Código Civil peruano es casi inexistente, y la que se encuentra en la Ley General del Ambiente es confusa, ambigua e imprecisa; en consecuencia, existe una regulación inadecuada que brinde una protección efectiva del daño ambiental. La Ley General del Ambiente, al regular en forma unificada el régimen subjetivo y el régimen objetivo de la responsabilidad civil ambiental, presenta algunas contradicciones e imprecisiones, siendo estos puntos a los que arribará nuestro análisis, crítica y propuesta.

Nuestro sistema de responsabilidad civil, hoy en día, tiene que responder a nuevas necesidades. La responsabilidad civil es un mecanismo orientado a indemnizar el daño causado, es decir, cumplir una finalidad reparadora o resarcitoria, sino que también debe tener por finalidad prevenir la producción de nuevos daños y erradicarlos por completo.

Esto concuerda con la naturaleza jurídica del daño ambiental que, en esencia, es de naturaleza preventiva antes que resarcible. Acotamos, entonces, que un daño ambiental siempre es un daño irreparable y existe la necesidad de que el principio precautorio debe ser incorporado al sistema judicial como una forma de paralización inmediata frente a la amenaza o paralización del daño ambiental.

No es suficiente la regulación de la responsabilidad jurídica por daño ambiental, por cuanto el Código Civil Peruano y la Ley General del Ambiente, presentan inconsistencias, contradicciones y vacíos legales, por lo cual sería pertinente la conformación de una legislación especial que permita garantizar la protección

³¹⁴ Ferrando, Enrique (agosto 2000, pp. 10 y ss.). *La responsabilidad ambiental por daño ambiental en el Perú, reflexión y debate*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

del medio ambiente por el daño ambiental.

La responsabilidad civil ambiental, en esencia, es una responsabilidad objetiva, por cuanto el principal elemento o supuesto de imputación de responsabilidad estará enmarcado en la teoría del riesgo creado o las actividades riesgosas, que son los supuestos para establecer una responsabilidad ambiental, no pudiendo tener un supuesto establecido bajo la culpa o dolo, siendo la responsabilidad objetiva, en esencia, la más adecuada ante la amenaza o presencia del daño ambiental.

A primera vista, la responsabilidad basada en la culpa, podría parecer más eficaz desde el punto de vista económico que la responsabilidad objetiva, en la medida en que los incentivos a los costos de descontaminación no superan los beneficios de la reducción de las emisiones. Sin embargo, diversos regímenes nacionales e internacionales de responsabilidad ambiental recientemente adoptados tienen como base el principio de responsabilidad objetiva, pues parten del supuesto de que el mismo favorece la consecución de los objetivos medioambientales.

Una de las razones para ello es la gran dificultad a la que se enfrentan los demandantes para probar la culpabilidad de la parte demandada en los juicios por responsabilidad ambiental.

Otro motivo es el planteamiento según el cual la asunción del riesgo por posibles daños derivados de una actividad intrínsecamente peligrosa no corresponde a la víctima ni al conjunto de la sociedad, sino a los responsables de la misma. Todos estos argumentos justifican la adopción de un régimen comunitario basado, como norma general, en la responsabilidad objetiva.

Otro error de la Ley General del Ambiente, se manifiesta respecto a que la indemnización no está enfocada a favor de las víctimas o poblaciones, la ley ambiental prescribe que la indemnización debe ser entregada a los gobiernos locales, para que se encarguen de realizar las medidas necesarias con el

dinero de las indemnizaciones para reponer las cosas al estado anterior a la contaminación o realizar actividades de recuperación, restauración o mejoramiento del ambiente afectado.

Esta regla de indemnización es injusta y errónea, por cuanto las víctimas son las que deben de recibir estos montos en forma directa, por ser los directamente dañados, así como por ser quienes tienen el dominio de elegir de qué forma utilizar los montos indemnizatorios a su favor, mas no el Estado puede subrogarse la decisión de qué forma o cómo gastar los montos indemnizatorios de las víctimas. Tal vez la conformación de un fideicomiso ambiental sería una interesante opción.

Si la demanda fuera planteada por daños difusos por la contaminación de la biodiversidad o ciertos bienes ambientales, si correspondería a los Gobiernos Locales o Regionales, administrar las sumas dinerarias otorgadas como indemnización pero lo cual devendría en una ineficaz gestión de las autoridades políticas por su incapacidad gerencial y desconocimiento del daño ambiental, podría optarse por la conformación de Fideicomisos Ambientales, que permitan que estos montos pueden ser utilizados a la brevedad y con racionalidad económica en restablecer o mitigar los efectos del daño ambiental.

Una adecuada regulación del daño ambiental otorgara una adecuada protección de los amplios derechos ambientales frente a la ocurrencia o generación del daño ambiental en sus diversas facetas, será necesario que esta regulación del daño ambiental pueda incorporarse normas de índole procesal que permitan un acceso real y efectivo a la justicia ambiental.

6.3. La adecuada sistematización del daño ambiental

Consideramos que la regulación de la producción por daño ambiental en el sistema jurídico peruano, no es suficiente, por cuanto una de las funciones de la responsabilidad ambiental debe estar basada en la prevención, aplicación

del principio precautorio y fijación de criterios idóneos de una indemnización según el principio contaminador-pagador.

Si, con la presencia de leyes especiales que regulan el daño ambiental se presentan serios problemas de sistematización, es mucho más preocupante la incertidumbre que presentan los juzgados frente a procesos judiciales donde se pretende resarcir el daño ambiental, sea por falta de conocimiento de la naturaleza Jurídica del daño ambiental o por la casi nula jurisprudencia generada por el Poder Judicial del Perú, sin dejar de mencionar los problemas procesales respecto a la legitimación para obrar, peritajes, carga probatoria y la necesidad apremiante de incorporar nuevos principios ambientales a un proceso ambiental que requiere de actores especialistas en la materia ambiental y del apoyo de otros profesionales especializados.

No menos importante es precisar que, sin reglamentación, el capítulo de responsabilidad ambiental de la Ley General del Ambiente, presenta un panorama de parálisis legal, que genera incertidumbre jurídica ambiental.

Las bases y acciones de una sistematización jurídica del daño ambiental, se deben de constituir sobre un conjunto de principios ambientales como lo son: el principio de prevención, el principio precautorio, el principio contaminador-pagador y el principio de acceso a la justicia ambiental.

El principio de prevención cobra notoria importancia para su aplicación en vía administrativa y vía judicial, en los momentos en que se pueda sancionar o paralizar a tiempo las diversas actividades contaminantes.

Por lo expuesto afirmamos que la adecuada sistematización del daño ambiental debe estar estructurada en base a cuatro principios:

- i. Prevención;
- ii. Precautorio;
- iii. Contaminador-pagador;

iv. Acceso a la justicia ambiental.

Estos principios ambientales que tiene por finalidad efectuar una adecuada sistematización jurídica del daño ambiental no se encuentran regulados en el Código Civil.

Es mucho más notable la falta de regulación procesal encaminada a la paralización inmediata del daño ambiental, en referencia a las medidas cautelares y respecto a la legitimación amplia para interponer acciones judiciales, lo cual, a entender de muchos magistrados, es sólo individual, restringiendo con este criterio equivocado la legitimidad procesal amplia, que en materia ambiental está establecida en base al principio de acceso a la justicia ambiental.

Dentro de las acciones procesales debemos de implementar mecanismos eficientes y económicos que respondan a la especialidad del daño ambiental, como las siguientes:

- a) **Medidas cautelares de oficio.-** Considerando que el daño ambiental presenta características distintas a los daños ambientales tradicionales es necesario que se pueda blindar al proceso de tutela de derechos ambientales mediante las Medidas Cautelares de oficio que deberán de ser interpuesta ante la presencia de daño ambiental de carácter difuso y que tenga las características únicamente urgente, respecto a que inevitablemente se efectuara un acto contaminante excesivamente dañoso o que la actividad contaminante causa estragos ambientales que perjudican los derechos difusos, esta prerrogativa que podría tener el magistrado debería de ser empleada en casos extremos de inevitable contaminación o la premura de paralizar la actividad contaminante.
- b) **Juzgado Ambiental Nacional.-** Con la conformación de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental, y con la finalidad de dotar de mas instrumentos procesales a la Justicia Ambiental, es fundamental

conformar un Juzgado Ambiental con competencia nacional a fin de ejercer jurisdicción de los procesos ambientales en materia civil, penal y contenciosa administrativa, es fundamental que Magistrados y servidores judiciales especializados puedan prestar una labor jurisdiccional destinada a brindar una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos ambientales y toda forma de contaminación que produzca daño ambiental, sea causado por personas naturales o jurídicas tanto de derecho privado y público.

c) Exoneración de aranceles judiciales .- Es necesario exonerar de aranceles judiciales a los demandantes o las víctimas de contaminación, esta necesidad será mucho más notoria en aquellas comunidades campesinas y nativas, donde los recursos económicos para afrontar el pago de aranceles judiciales, simplemente son imposibles de asumir, debe implementarse un procedimiento de exoneración de aranceles judiciales aquellas personas naturales y personas jurídicas (ONG y/o asociación) que cuenten con los recursos económicos y verificar el real estado de pobreza, con lo cual se estaría otorgando un acceso a la justicia ambiental.

d) Peritajes Ambientales.- Conforme a nuestra afirmación la carga de la prueba sobre la ocurrencia del daño ambiental representa sin duda el problema fundamental para el sistema de responsabilidad ambiental, por cuanto el hecho generador de contaminación representa complejidad respecto a la ubicación de las fuentes generadoras de contaminación y los profesionales, técnicos y expertos que tendrían que participar para emitir su opinión pericial respecto a los matices y complejidades del daño ambiental, el cual tiene matices distintos.

Un peritaje(s) en un proceso ambiental, necesariamente contara con la participación de ingenieros (ambientales, metalúrgicos, hidrocarburos y civiles) médicos (especializados en diversas áreas, como Oncológicos),

contadores, psicólogos y economistas, que según sus informes periciales tendría que determinar si existió daño ambiental de carácter patrimonial, no patrimonial, daños a la salud, daño moral y siendo el rol más importante el de búsqueda de la causalidad sobre determinar si el sujeto contaminante estuvo en la posibilidad de evitar la actividad contaminante o si bien efectuó una acción contaminante dentro de los límites de lo permitido por las normativas ambientales.

Los informes periciales podría servir para determinar la aproximación de la eximente de responsabilidad ambiental en el supuesto de que el agente contaminante pueda asumir su defensa en aplicación de la teoría caso fortuito o fuerza mayor, estos peritajes podrían dar una aproximación al Juzgador si realmente se pudo haber prevenido o tomado medidas urgentes para evitar el daño ambiental por cuanto el generador del daño es quien tiene la posibilidad de evitar el daño y mitigar sus actividades contaminantes con premura y anticipación según sus políticas ambientales.

Según lo descrito la amplia actividad pericial en el transcurso del proceso tal vez será la etapa probatoria más importante, discutida, y complica de acceder a los lugares *in situ*, como instalaciones industriales (mineras, hidrocarburos y fabricas), cabeceras de cuenca, numerosas víctimas (evaluaciones médicas, entrevistas y declaraciones testimoniales) en resumen lugares con acceso geográfico adestré, por sus condiciones climáticas y vías de transporte.

Es fundamental que se conforme una Institución Pericial Ambiental que se encuentre formado por diversos especialistas en diferentes ciencias y profesiones que permitan tener un real y verdadero alcance del daño ambiental y que el estado pueda asumir el pago de estos peritajes en aquellos daños ambientales contra derechos difusos o en los supuesto donde la víctima por encontrarse en estado absoluto de pobreza no

cuenta con recursos económicos para asumir los altos costos periciales en un proceso ambiental.

e) Participación de la Procuraduría del Ministerio del Ambiente.- Se requiere dotar al Ministerio del Ambiente de Procuradores que puedan interponer la defensa de los derechos ambientales difusos en las diferentes regiones del País, es fundamental que el Ministerio del Ambiente no solo pueda ejercer las funciones de fiscalización y sanción, sino de la defensa procesal ante la ocurrencia del daño ambiental, considerando que los Procuradores de los Gobiernos Locales y Regionales, carecen de especialidad y un sistema de coordinación con las entidades del Poder Ejecutivo que podrían coadyuvar con un sistema de defensa procesal ante la vulneración de los daños ambientales.

f) El arbitraje ambiental administrado.- La necesidad de conformar mecanismos de solución de controversias ambientales representa una necesidad apremiante, ante la constante generación de diversos conflictos socioambientales que representa graves problemas entre sus principales actores: el estado, las comunidades (campesinas, nativas y sociedad civil) y las empresas extractivas y diferentes industrias.

Un Tribunal de Solución de Controversias Ambientales podría representar una vía administrativa que coadyuve a que los conflictos ambientales puedan tener en un primer momento un acercamiento entre los actores directos del conflicto y segundo que el conocimiento de este conflicto ambiental tenga la presencia y participación de un conjunto de profesionales (abogados, ingenieros, médicos, psicólogos y sociólogos, etc.) que otorgarían reglas, pautas y directivas en las negociaciones respecto a la aplicación de la Conciliación y de tener un Tribunal Arbitral con la presencia de árbitros especializados en normativa ambiental y pleno conocimiento de otras ciencias y profesiones que permitirán que la

emisión del Laudo Arbitral tenga la rigurosidad y especialidad por el conocimiento del conflicto ambiental.

En un sub capítulo anterior nos referimos a los límites que tendría el Laudo Arbitral y a las materias arbitrables, sin lugar a dudas la implementación del Arbitraje Ambiental Administrativo, necesariamente tendrá que presentar una regulación especial de índole procesal y de una partida presupuestal muy importante.

6.3. Conclusiones

- a)** El Código Civil Peruano de 1984, no presenta una regulación expresa de una institución jurídica encaminada a brindar una tutela civil del daño ambiental.
- b)** El daño ambiental constituye un nuevo supuesto de responsabilidad civil, que presenta características jurídicas y procesales aplicables exclusivamente a los derechos ambientales.
- c)** La Ley General del Ambiente presenta una inadecuada sistematización de la responsabilidad civil ambiental, en consecuencia deviene en ser ambigua, imprecisa y poco acertada, lo cual genera una incertidumbre al momento de invocar y administrar justicia ambiental.
- d)** El actual sistema de responsabilidad civil regulada en el Código Civil, Ley General del Ambiente y Código Procesal Civil, presentan dificultades respecto a la actividad probatoria por daños ambientales.
- e)** La sistematización del daño ambiental, deberá de estar estructurados bajo la unificación de los principios ambientales de: Prevención, Precautorio, de Reparación y Sancionador.

- f) La responsabilidad ambiental en esencia es una responsabilidad extracontractual.
- g) Los plazos de prescripción de las acciones por daños ambientales deberán de ser de dos años para el daño personal - patrimonial y por daños difusos por diez años.
- h) El actual sistema judicial presenta dificultades de acceso a la justicia ambiental de las personas afectadas en sus derechos ambientales, desde aspectos de índole económicos y procesales.
- i) El daño ambiental presenta dificultades respecto a la identificación de las víctimas y la cuantificación económica del daño causado en su perjuicio.

6.4. Propuestas

- a) Elaboración de un Proyecto Ley que permita sistematizar y regular adecuadamente el Daño Ambiental, según las instituciones del Código Civil Peruano y las instituciones del derecho ambiental regulados en la Ley General del Ambiente.
- b) La Conformación de un Juzgado Supranacional Especializado en Materia Ambiental que permita someter a la competencia de magistrados y servidores jurisdiccionales especializados los procesos por daños y derechos ambientales, tomando en consideración que la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental, viene efectuando labores jurisdiccionales en diferentes distritos judiciales del territorio nacional.
- c) La Conformación del Tribunal de Controversias Ambientales y la promoción del Arbitraje Ambiental Administrativo como medio de solución de los conflictos ambientales, el cual deberá de estar circunscrito dentro de las competencias del Ministerio de Ambiente.

Referencias bibliográficas:

Abad Yupanqui, Samuel (2002). *La Defensoría del Pueblo. Una Institución al Servicio de las personas*. Talca: Defensoría del Pueblo.

Abad Yupanqui, Samuel (2008). El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado: las dificultades del proceso de amparo para su tutela. *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 6, año 3. Lima: Revista editada por el Círculo de Derecho Administrativo PUCP.

Abad Yupanqui, Samuel (2004). *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, 1.^a Ed.

Albaladejo, Manuel (1985). Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común. *ADC*, abril-junio MCMLXIII, tomo XVI, fasc. II.

Alpa, Guido (1984). *Diritto e ambiente*. Padova-Bologna.

Alpa, Guido (2006). *Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*. Lima: Jurista Editores.

Alpa, Guido (2001). *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y Cuestiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

Amaya Navas, Óscar (2001). Justicia Constitucional ambiental en Colombia. En *Justicia Ambiental*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Amiel, María Cecilia (2011). El principio precautorio: Precisiones y aportes para su aplicación. En *Comisión de Derechos de Daños en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Tucumán.
- Andaluz Westreicher, Carlos (2004). *Derecho Ambiental - Ambiente sano y desarrollo sostenible*. Lima: Proterra.
- Andaluz Westreicher, Carlos (2006). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Proterra.
- Andaluz Westreicher, Carlos (2009). Primer Pleno Casatorio. *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, n.º 40.
- Arrieta Quesada, Liliana (2008). La legitimación procesal en el Derecho Ambiental. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Álvarez Vianna, José Ricardo (2011). *Responsabilidade Civil por danos ao Meio Ambiente*. Curitiba: Jurua Editoria, 2.^a reimpressão.
- Atienza, Manuel & Juan Ruiz. Sobre el abuso del derecho y fraude a la ley. Madrid: Editorial Trotta. 2000.
- Brañes, Raúl (2001). *El acceso a la justicia ambiental en América Latina y la legitimación procesal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1.^a Ed.
- Briceño, Mauricio (2008). Planteamiento de la responsabilidad por daños ecológicos. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bouzza Arino, Omar (2003). Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En *Revista de Administración Pública*, n.º 160. Madrid.

Bohanes, Jan (2001-2002). Risk Regulation in WTO Law: A procedure-based approach to the precautionary principle. *Colum. J. Transnat'l*, L. 40.

Bullard González, Alfredo. Informe legal del Caso n.º 4:07-CV-01874-CDP del 12/17/2007. Sobre demanda interpuesta contra Doe Run Resources, sobre el Caso de La Oroya en la Corte de Missouri, Estados Unidos de América.

Bullard González, Alfredo & Yhasmin Fonseca (1997). Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales. En *Derecho y Ambiente, Aproximaciones y estimativas*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Bullard González, Alfredo (2003). *Derecho y Economía*. Lima: Palestra Editores.

Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1993.

Blume Fortini, Ernesto (1998). El caso Luchetti: el derecho y deber de una ciudad de defender su patrimonio ecológico. La desnaturalización del proceso de amparo. La abdicación del Poder Judicial. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 9, año IV.

Bustamante Alsina, Jorge. *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Ed. Abelardo Perrot, 1995.

Canosa Usera, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

Caravita (1997). I principi Della politica comunitaria in materia ambientale. En *Riv. Giur. Amb.* Padua, tomo I.

- Carhuatocto Sandoval, Henry (2009). *Guía de Derecho Ambiental*. Lima: Jurista Editores.
- Caro Coria, Dino. El Derecho Penal del Ambiente. Grafica Horizonte. Lima – Perú. 1999.
- Caro Coria, Carlos (2001). Presupuesto para la estabilidad del ecosistema como bien jurídico penal. *Derecho y Ambiente-Nuevas aproximaciones y estimativas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEA-PUCP), 1.^a Ed.
- Cabanillas Sánchez, Antonio (1996). *La reparación de los daños al medio ambiente*. Navarra: Aranzadi.
- Catala, Lucia Gomis (1998). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Navarra: Elcano-Aranzandi.
- Casas, Sergio (2008). Responsabilidad por daños al medio ambiente. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calvo Charro. María (1999). *Sanciones medioambientales*. Barcelona: Marcial Pons-Universidad Carlos III.
- Cámara de Apelación Civil y Comercial de Morón - Sala I (2005). *Surita Deolindo A. y otros c/ Sancor Coop. Unidas Ltda. s/ daños y perjuicios*. Sentencia de 9 de junio de 2005.
- Código Procesal Civil (CPC).
- Corte Europea de Derechos Humanos (1998). *Caso Guerra y otros vs. Italia*. Sentencia de 19 de febrero de 1998.

Comisión Europea de Derechos Humanos (1980). *Caso Arondelle c/ Royame vs. Reino Unido*. Decisión sobre la admisibilidad 15 de julio de 1980.

Comisión Europea (2000). *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*. Luxemburgo.

Comisión de las Comunidades Europeas (2000). Bruselas, 2.2.2000 (COM). Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, punto 1 final.

Corte Europea de Derechos Humanos (1994). *Caso López Ostra vs. España*. Sentencia de 9 de diciembre de 1994.

Church, Thomas y Robert Nakamura (1993). *Cleaning up the mess. Implementation strategies in superfund*. Washington D.C.: The Brookings Institution.

De Trazegnies Granda, Fernando (2003). La responsabilidad extracontractual. En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 7.^a Ed., vol. IV, tomo II.

De Trazegnies Granda, Fernando (2003). La responsabilidad extracontractual. En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 7.^a Ed., vol. IV, tomo I.

De Trazegnies Granda, Fernando (1997). *Derecho Civil Patrimonial. Estrategias de Derecho Privado para conservar la naturaleza y luchar contra la contaminación ambiental*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

De Trazegnies Granda, Fernando (1998). *Derecho y Contaminación. Estrategias para una defensa del medio ambiente por los particulares*.

Lima: Fundación Peruana para la Conservación de la Naturaleza.

Derani, Cristiane (1997). *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad.

Demetrio, Loperena (1996). *El derecho al medio ambiente adecuado*. Madrid: Cívitas.

De Cupis, Adriano (1975). *El daño, teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch.

De Miguel de Perales, Carlos (1997). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. Madrid: Civitas.

De Miguel de Perales, Carlos (2002). *Derecho español del medio ambiente*. Madrid: Cívitas, 2.^a Ed.

De la Puente Brunke, Lorenzo. Medio ambiente, conflictos y seguridad jurídica en la minería peruana. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima, n.º 59, año XX.

De la Puente Brunke, Lorenzo (2005). *Legislación ambiental en la minería peruana*. Lima: De la Puente Abogados-Instituto de Estudios Energéticos Mineros, 1.^a Ed.

De la Puente Brunke, Lorenzo (2011). Responsabilidad por el daño ambiental puro y el Código Civil peruano. En *Thémis*. Revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, n.º 60.

Dirección General de Medio Ambiente (2000). *Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental*. Italia: Unión Europea.

Donayre Pinedo, Miguel (2003). *El defensor del pueblo, medio ambiente y recursos naturales*. Lima.

Dupuy, Pierre (2003). *Derecho Internacional Ambiental*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Comercio, 22 de junio de 2010.

Espinoza Espinoza, Juan (2002). Ejercicio abusivo del derecho. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Espinoza Espinoza, Juan (2003). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Espinoza Espinoza, Juan (2007). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Espinoza Espinoza, Juan. Responsabilidad civil por daño ambiental ¿tutela efectiva de los derechos de los dañados o simplemente un lirismo? Actualidad Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, n.º 184.

Esptein, Richard A. (2005). Reglas simples para un mundo complejo. *Ius et Veritas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

Pastorino, Fabio (1995). *El daño al ambiente*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 1995.

Fernández Cruz, Gastón (2001). Estudios sobre la Responsabilidad Civil. En A.A.V.V. Lima: Leysser León (editor)-ARA Editores.

Ferrando, Enrique (2000). *La responsabilidad ambiental por daño ambiental en el Perú, reflexión y debate*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Foy Valencia, Pierre. En busca del Derecho Ambiental. En *Derecho y Ambiente: Aproximaciones y Estimativas*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEA-PUCP). Lima, 1997, vol. I.

Foy Valencia, Pierre (2009). Primer Pleno Casatorio. *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, n.º 40.

Fraga, Jordano (2000). Responsabilidad civil por daño al medio ambiente en derecho público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de *lege data* y contra *lege ferenda*. *Revista española de Derecho Administrativo*. Madrid, n.º 107.

Gaitán Ochoa, Luis Fernando (2000). Arbitraje ambiental: instrumentos para la solución de conflictos. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gonzales Márquez, José Juan (2002). *La responsabilidad por el daño ambiental en México*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.

Gonzales Márquez, José Juan (2003). *La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina*. México, D.F.: PNUMA.

Gonzales Pérez, Jesús (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Cívitas.

González Nieves, Isabel Cristina (2008). *Análisis Económico del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Heliasta, 1.ª Ed.

Gozaini, Osvaldo. *Responsabilidad ambiental*. Belgrano: Editorial Belgrano, 1999.

Gherzi, Carlos y otros (2001). *Derecho y reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Graf Málaga, Silvana Claudia. Tesis *La responsabilidad civil ambiental y la tutela de los intereses colectivos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

Hundskopf Exebio, Oswaldo (2005). Recursos naturales. En *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.

Hutchinson, Tomas (1999). *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, tomo II.

Josserand, Louis (1952). *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Traducido por Cunchillos y Manterota. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores-Ediciones Jurídicas Europa-América, vol. II, tomo II.

Jordano Fraga, Jesús (1995). La protección del derecho a un medio ambiente adecuado. Barcelona: Bosch Editor.

Junceda Moreno, Francisco Javier (2009). Arbitraje ambiental: avances y desafíos. En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, vol. 8.

Junceda Moreno. Javier (2010). Derecho Ambiental en el Amazonas. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

La República, 9 de febrero de 2009, p. 6.

Landoni Sosa, Ángel (1998). Nuevas orientaciones en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos. En *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima, n.º

II.

Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente.

La Cruz Berdejo, José Luis (1985). *Elementos II*, 1.ª Ed.

Lafaille, Héctor (1990). *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, vol. I, tomo VI.

Larenz. Karl (1958). *Derecho de Obligaciones*. Revista de Derecho Privado de Madrid, tomo I.

Leite, Jose (2003). Daño ambiental: do individual acoletivo extrapatrimonial. *Revista dos tribunais*. Sao Paulo, 2.ª Ed.

Lemme Machado, Paulo A. (1994). Estudios de Derecho Ambiental. San Pablo: Malheiros, citado por Néstor Cafferata (LL. 2004-A, p. 1202). *Principio precautorio y Derecho Ambiental*.

Lettera, Francesco. Lo stato ambientale e le generazione future. En *Rivistagiuridica dell'Ambiente*, n.º 2, anno VII.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1.ª Ed.

Loperena Rota, Demetrio (1998). *El derecho al medio ambiente adecuado*. Madrid: Cívitas-País Vasco.

Martín Mateo, Ramón (2000). *Valoración de daños ambientales. Con especial referencia al ordenamiento ambiental de Costa Rica*. Estudio realizado por encargo de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, Mimeo.

Martín Mateo, Ramón. *Tratado de Derecho Ambiental* (1991). Madrid: Editorial

Trivium, 1.^a Ed., vol. I.

Martin, Mateo (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*. Madrid: Editorial Trivium, 1.^a Ed., vol. II.

Martínez. Víctor (1982). *Derechos Reales en Minería*. Buenos Aires: Depalma.

Meza Carbajal. Luis Alberto. *El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley, 1995.

Miranda, Haideer (maio-junho 2007). La protección del ambiente en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. *Panóptica-Vitória*, n.º 8, año 1.

Mirra, Álvaro & L. Valery (2003). Derecho Ambiental brasileño: El principio de precaución y su aplicación judicial. Lexis Nexis, 17/09/2003-JA, Fascículo citado por Néstor Cafferata (LL. 2004-A, p. 1207). *Principio precautorio y Derecho Ambiental*.

Moreno Trujillo, Eulalia (1991). *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona: Bosch.

Monroy Gálvez, Juan (1996). *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis de Belaunde & Monroy Abogados.

Mosset Iturraspe, Jorge (1999). *Daño ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, tomo I.

Monteiro de Silva, Danny (2001). *Daño ambiental e sua reparação*. Curitiba: Jurua Editora.

Morales Godo, Juan (1997). La tutela de los intereses difusos y el medio ambiente. *Derecho y Ambiente: aproximaciones y estimaciones*. Lima:

Pontificia Universidad Católica del Perú.

Muñoz Cabrera, Reynaldo (2008). La función social y ecológica de la propiedad. *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Osterling Parodi, Felipe & Mario Castillo Freyre (2008). La transacción. *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, n.º 1.

Organización de las Naciones Unidas (Estocolmo 1972). *Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano*. Nueva York: Naciones, 1973.

Patti. Salvatore (1984). Valori costituzionali e tutela dell'ambiente. En *Diritto e ambiente*. Padova-Bologna.

Pearce & Turner (1995). *Economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Madrid: Celeste Ediciones.

Peña Chacón, Mario (2008). Aspectos procesales de la responsabilidad por daño ambiental aplicables en la nueva jurisdicción contenciosa administrativa. En *Revista de Derecho Administrativo-Derecho Ambiental*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, n.º 6, año 3.

Pelligrini Grinover, Ada (1998). Acciones colectivas para a tutela do ambiente e dos consumidores. AA.VV. *Estudios al doctor Héctor Fix Zamudio en sus 30 años como investigador de las Ciencias Jurídicas. Derecho Procesal*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, tomo III.

Pigretti A. Eduardo. *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

Piñar Díaz, Manuel (agosto 1994). El derecho de la persona a disfrutar del

medio ambiente en la Constitución Española. *Gaceta jurídica de la Naturaleza y el Medio Ambiente*, n.º 5.

Piñar Díaz, Manuel (1996). El derecho de la persona a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia. En *Gaceta Jurídica*. Granada: Editorial Comares, agosto 1994.

Priori Posada, Giovanni (1997). La Tutela Jurisdiccional de Difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 14.

Priori Posada, Giovanni (2007). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*. Lima: Ara Editores, 3.ª Ed.

Prieur, Michel (1991). *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz.

Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA).

Pulgar - Vidal, Manuel (2006). *Presentación de la Ley General del Ambiente*. Lima: Ministerio de Justicia-Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Pulgar-Vidal, Manuel (abril 2005). ¿Minería Responsable? Alerta: contaminación ambiental y conflictos ambientales. *Business*.

Pulgar-Vidal, Manuel y Adriana Aurazo (2003). *Mejorando la participación ciudadana en el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental en Minería*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 1 º Ed.

Ramos Núñez, Carlos (2005). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 3.ª Ed.

Reggiardo Saavedra, Mario (2009). Marco general de la responsabilidad civil

por daño ambiental. En *Revista Jurídica de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*. Huánuco.

Reggiardo Saavedra, Mario (2008). La tutela procesal del ambiente. En *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, n.º 6, año 3.

Rojas Armandi, Víctor Manuel (2000). *La protección del medio ambiente en el TLCAN y la OMC*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad de Oxford.

Rubio Correa, Marcial (1988). Abuso del derecho. En *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.1988.

Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo I.

Sánchez-Friera González, María del Carmen. *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*. Barcelona: Bosch, 1994.

Sands, Philippe (1995). *Principles of International Environmental Law*. Nueva York: Manchester University Press.

Sentencia Caso n.º 2003 -00002 Ecuador vs. Texaco.

Soto Coaguila, Carlos A. (2005). El derecho frente a los depredadores del medio ambiente. Reflexiones en torno a daño ambiental. *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, n.º 13.

Taboada Córdova. Lizardo (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Ed. Grijley.

Torres Mejía, Miguel (2007). *El derecho a un medio ambiente sano*. En www.idea.org.py/rda.

Torres López. Juan (1987). *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Trelles Castillo, José Antonio. *Arbitraje y medio ambiente: Una relación que contamina*. En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=227#>.

Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) 11 de septiembre de 2002. Caso T-13/99, Pfizer Animal Health S.A. c/ Consejo de la Unión Europea.

Vera Esquivel, Germán (2003). *Derecho Internacional Ambiental*. AA.VV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Vidal Ramos, Roger (2004). ¿Existe una protección del medio ambiente en el Código Civil peruano? En *Revista Jurídica Vos Veritas Libera Bit*. Huánuco: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, n. ° 1.

Vidal Ramos, Roger (2009). Las áreas naturales protegidas y las actividades en Hidrocarburos. El caso Cordillera Escalera. En *Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, n. ° 22.

Vidal Ramos, Roger (2008). El derecho al medio ambiente y su protección en el Código Procesal Constitucional. *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 170.

Vidal Ramos, Roger (2008). La responsabilidad civil y el daño ambiental en el sistema peruano. *Revista Jurídica del Perú. Derecho Privado y Público*. Lima: Normas Legales, n. ° 88.

Vidal Ramos, Roger (2009). La responsabilidad civil ambiental: alcances y

perspectivas. En *Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil.

Vidal Ramos, Roger. Los recursos naturales y los derechos reales. En: Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Civil. Ed. Instituto Peruano de Derecho Civil. Lima: 2010.

Vidal Ramos, Roger (2010). El acceso a la justicia ambiental. *Iuris Veritatis*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

Vigoriti, Vincenzo (1984). La tutela degli interessi. Il ruolo della Cassazione e del Consiglio di Stato. En *Diritto e ambiente*. Padova-Bologna.

Vilalta, Esther & Rosa Méndez (2002). *Acciones de responsabilidad extracontractual por daños al medio ambiente*. Bosch: Barcelona.

Viney, G. (2000). *Le principe de précaution. Le point de vue d'un juriste. Les Petites Affiches*. París.

Yacolca Estares, Daniel (2009). *Derecho Tributario Ambiental*. Lima: Grijley.

Wieland, Patrick. *Ecologista y Liberales. Ius et Veritas*, n.º 26, año XIII.

Zagrebelsky, Vladimiro & Michele de Salvia (2006). *Diritti dell' uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell' uomo e della Corte giustizi delle Comunità europee*. Milano: Ed. Giuffrè, vol. II.

Zela Villegas, Aldo (2007). La tutela de los derechos en la sociedad de masas: sobre los derechos difusos. En *Advocatus*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, n.º 16.